



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

Juridiska institutionen

Agentavtal under artikel 101.1 FEUF

- en studie av kommissionens riktlinjer i ljuset av
EU-domstolens praxis

Examensuppsats ht. 2010

Juris kandidatprogrammet

Tillämpade studier, 30 hp

Ämne: Konkurrensrätt/EU-rätt

Författare: Anna-Maria Vesterberg

Handledare: Filip Bladini

Förord

I inledningen av denna uppsats vill jag passa på att tacka alla de personer som på något sätt har bidragit till mitt uppsatsarbete. Jag kan inte nämna alla vid namn men jag vill särskilt rikta ett stort tack till Rättssekretariatet på utrikesdepartementet som gav mig möjligheten att kombinera en lärarik praktikperiod med mitt uppsatsskrivande. Ett särskilt tack vill jag även rikta till Johan Lannering på MAQS Advokatbyrå och Magnus Lindbäck på Näringsdepartementet för goda och inspirerande samtal kring mitt uppsatsämne. Sist men inte minst vill jag även tacka min handledare Filip Bladini som har väglett mig i valet av uppsatsämne och hjälpt mig att fästa blicken på relevanta och intressanta frågor.

Att få skriva en examensuppsats inom konkurrensrätt och EU-rätt har varit en både lärarik och spännande upplevelse och även om den största delen av allt jag har lärt mig inte kommer till pränt på papper är jag övertygad om att jag kommer att få stor nytta av mina erfarenheter från denna uppsatstermin under mitt framtida arbetsliv.

Göteborg 2011-01-18

Anna-Maria Vesterberg

Innehållsförteckning

Förkortningslista	3
Sammanfattning	4
1. Inledning	6
1.1 Syfte och metod	7
1.2 Avgränsningar och disposition	7
2. Problembakgrund	8
2.1 Distributionsformer	8
2.2 EU:s konkurrensregler	10
3. Artikel 101 FEUF	11
3.1 Kriterier i artikel 101.1 FEUF	11
3.1.1 Företagskriteriet	12
3.1.2 Avtalskriteriet	12
3.1.3 Konkurrensbegränsningskriteriet	13
3.1.4 Samhandelskriteriet	14
3.1.5 Märkbarhetskriteriet	15
3.2 Undantag från artikel 101.1 FEUF	16
4. Begreppet agentavtal	17
4.1 Definition av en agent	17
5. Praxis från EU-domstolen	18
5.1 EU-domstolens roll.....	18
5.2 Inställning till agentavtal.....	20
5.3 Bedömning av kriterier	21
5.3.1 Avgöranden före år 2000	21
5.3.2 Kritik från Generaladvokat Tesouro	23
5.3.3 Avgöranden efter år 2000	24
6. Kommissionens riktlinjer	27
6.1 Kommissionens roll.....	27
6.2 Riktlinjer om vertikala begränsningar.....	28
6.3 Inställning till agentavtal.....	29
6.3.1 Framväxt av riktlinjer	29
6.3.2 Nya riktlinjer 2010	30
6.4 Relevant bedömningskriterium - risker	31
6.4.1 Beslut från kommissionen.....	32
7. Analys	33
7.1 Skäl för att agentavtal inte omfattas av artikel 101.1 FEUF	34
7.2 Betydelsen av att definiera en agent.....	36
7.3 Relevanta bedömningskriterier	37
7.3.1 Agentens exklusivitet	39
7.4 Bedömning av riskfördelningen i agentavtal	40
7.5 Partiell tillämpning av artikel 101.1 FEUF	42
7.6 Praktisk betydelse för företag	44
8. Slutsatser	46
9. Källförteckning	49
9.1 Litteratur.....	49
9.2 Artiklar.....	49
9.3 Offentligt tryck	50
9.4 Rättsfall	51

Förkortningslista

EG-fördraget Fördraget om upprättandet av europeiska gemenskapen

EEG-fördraget Fördraget om upprättandet av europeiska ekonomiska gemenskapen

EU Europeiska Unionen

EUF Fördraget om Europeiska Unionen

FEUF Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt

HaL Lag (1991:351) om handelsagentur

Ibid. Ibidem (på samma ställe)

KL Konkurrenslagen (2008:579)

Komml Kommissionslag (2009:865)

Prop. Proposition

Sammanfattning

För en producent som ska utöka sin affärsverksamhet i nya länder finns många alternativa distributionsformer att välja mellan, exempelvis egna anställda, agentur eller återförsäljare. Valet beror till stor del på hur integrerad producenten vill att distributionen ska vara med den egna affärsverksamheten samt vilken grad av kontroll producenten vill ha över distributionen. När producenten väljer att använda egna anställda är inte konkurrensreglernas förbud mot konkurrensbegränsande avtal tillämpligt, däremot är förbudet fullt ut tillämpligt på avtal mellan en producent och en återförsäljare. Ur detta perspektiv befinner sig agenter någonstans mellan arbetstagare och återförsäljare och agentavtal kan, under vissa förutsättningar, falla utanför förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i artikel 101.1 FEUF. Detta innebär att det då inte finns några begränsningar av vad avtalet får innehålla rörande agentens försäljning till tredje man, exempelvis kan producenten bestämma till vilka priser och inom vilket territorium agenten får bedriva försäljning.

I ett internationellt perspektiv omfattar begreppet agent flera olika typer av mellanmän. För att avgöra vilka uppdragstagare som utgör agenter är den beteckning två parter har gett sitt avtalsförhållande inte relevant utan avgörande är hur parterna faktiskt agerar ur ett ekonomiskt perspektiv. I svensk rätt omfattas exempelvis både handelsagenter och kommissionärer samt olika typer av fullmaktshavare beroende på fullmaktens utformning. Självständiga återförsäljare faller däremot utanför begreppets omfattning eftersom de agerar helt för egen räkning.

EU-domstolen har avgjort flera fall rörande agentavtal under artikel 101.1 FEUF och har uppställt vissa kriterier som är relevanta vid bedömningen av artikelns tillämplighet. I sina tidiga avgöranden bedömde EU-domstolen främst agentens integration i uppdragsgivarens affärsverksamhet och vilka risker agenten åtog sig. I senare avgöranden har EU-domstolen i allt större utsträckning betonat agentens riskåtagande och har därvid preciserat vilka risker som är relevanta att ta med i bedömningen, dock utan att helt utesluta kravet på integration.

Till hjälp för företag som ska bedöma om ett avtal med en distributör omfattas av artikel 101.1 FEUF eller inte har kommissionen gett ut vägledande riktlinjer. I dessa anger kommissionen att det som är relevant att bedöma för att avgöra när ett agentavtal faller utanför artikelns tillämpningsområde är de risker agenten åtar sig eller åläggs i avtalet med huvudmannen. Riktlinjerna har dock kritiserats för att inte överensstämma med EU-domstolens praxis.

I uppsatsen redogör jag för riktlinjernas innehåll i förhållande till EU-domstolens praxis och jämför under vilka förhållanden samt i vilken utsträckning EU-domstolen

respektive kommissionen anser att agentavtal inte omfattas av tillämpningen av artikel 101.1 FEUF. I slutsatsen framhåller jag olika faktorer som skiljer sig åt mellan rättskällorna samt vilka praktiska effekter det kan få för företag som söker vägledning i riktlinjerna.

1. Inledning

Valet av distributionsform för försäljning av varor och tjänster är av stor betydelse för en affärsrörelses framgång. Vid försäljning respektive inköp av varor står valet för en producent mellan att agera på egen hand, genom exempelvis egna anställda eller en filial utomlands, och att ingå avtal med ett fristående företag. Detta företag kan vara en återförsäljare som agerar utan medverkan av producenten eller någon form av mellanman som agerar för producentens räkning. Om producenten väljer att ingå avtal måste han/hon bedöma om avtalet kan medföra att konkurrensrättens regler om förbud mot konkurrensbegränsande avtal överträds.

Vid valet av distributionsform måste hänsyn tas till en mängd faktorer, exempelvis producentens ekonomiska förutsättningar, och en avvägning får ske mellan vilken kontroll producenten vill ha över varornas distribution och de kostnader denne är beredd att stå för att bibehålla kontrollen. Genom att använda en agent som distributör ökar producentens möjligheter att kontrollera distributionen eftersom denne i agentavtalet bland annat kan bestämma till vilka priser eller inom vilket geografiskt område agenten får sälja producentens varor till tredje man. Det beror på att agentavtal, till skillnad från återförsäljaravtal, enligt praxis från EU-domstolen inte omfattas av förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i artikel 101.1 FUEF. Av den anledningen kan det vara mycket förmånligt att utse en agent som distributör istället för en återförsäljare.

För en producent är det i dessa fall mycket viktigt att veta hur avtal med en vald distributör ska utformas för att principerna som gäller för agentavtal ska vara tillämpliga. Till vägledning för företagen har kommissionen gett ut riktlinjer som anger när ett avtal mellan en huvudman och en agent faller utanför tillämpningsområdet för artikeln. De första riktlinjerna gavs ut år 2000 men dessa kritiserades för att vara alltför formalistiska samt för att de inte överensstämde med praxis från EU-domstolen. Denna brist på överensstämmelse ledde till ett oklart rättsläge som var negativt både för företag som vill veta hur deras avtal ska utformas och för nationella myndigheter som behöver veta vilka ageranden från företagens sida som ska ifrågasättas.

I maj 2010 gav kommissionen ut nya reviderade riktlinjer. I denna uppsats analyserar jag de nya riktlinjerna i ljuset av EU-domstolens avgöranden rörande tillämpligheten av artikel 101.1 FEUF på agentavtal.

1.1 Syfte och metod

Syftet med denna uppsats är att utreda om kommissionens riktlinjer ger en rättvisande och heltäckande bild av om och när artikel 101.1 FEUF är tillämplig på agentavtal. Jag har utgått från följande frågeställningar:

- Hur behandlas agentavtal under artikel 101.1 FEUF av EU-domstolen?
- När undantas agentavtal från tillämpningsområdet för artikel 101.1 FEUF enligt kommissionens riktlinjer?
- Vilka förändringar har skett i de nya riktlinjerna från år 2010 jämfört med äldre riktlinjer och överensstämmer dessa förändringar med EU-domstolens avgöranden under 2000-talet?

För att uppnå syftet med uppsatsen och besvara mina frågeställningar har jag studerat relevant doktrin och rättsfall från EU-domstolen samt kommissionens riktlinjer och beslut. Jag har jämfört kommissionens riktlinjer från år 2010 med de äldre riktlinjerna för att utreda om de förändringar som har gjorts överensstämmer med utvecklingen i EU-domstolens avgöranden.

1.2 Avgränsningar och disposition

Eftersom fokus i denna uppsats ligger på kommissionens riktlinjer i förhållande till artikel 101.1 FEUF bortser jag i stort från svenska lagregler. Som kommer att framgå har konkurrensreglerna i EU:s fördrag dock stor betydelse för svenska företag och myndigheter. Jag har valt att fokusera på artikel 101.1 FEUF och nämner endast undantagsbestämmelserna i artikel 101.3 FEUF översiktligt utan att bedöma deras tillämplighet på agentavtal. Likaså bortser jag helt från tillämpligheten av artikel 102 FEUF trots att även den artikeln kan vara tillämplig på ett avtal mellan en huvudman och en agent om någon av parterna har en dominerande ställning på marknaden. Jag vill även betona redan här att kommissionens riktlinjer omfattar mycket mer än bara agentavtal under artikel 101.1 FEUF men i denna uppsats kommer endast de avsnitt i riktlinjerna som rör agentavtal att beröras.

Uppsatsen inleds med en redogörelse för varför det är både intressant och viktigt att kunna avgöra när agentavtal omfattas av tillämpningsområdet för artikel 101.1 FEUF. I detta ingår en redogörelse för när FEUF är relevant att ta med i beaktande för svenska företag. Sedan redogör jag för när artikel 101.1 FEUF enligt sin ordalydelse är tillämplig på agentavtal och vad som avses med ett agentavtal när detta begrepp används i praxis och i riktlinjerna i förhållande till svenska juridiska begrepp. Därefter följer en närmare studie av praxis från EU-domstolen rörande artikelns tillämpning på agentavtal samt en redogörelse för kommissionens riktlinjer och under vilka förutsättningar de anger att ett agentavtal faller utanför tillämpningsområdet för artikeln. Uppsatsen avslutas med en jämförelse av riktlinjernas inställning till

agentavtal med EU-domstolens praxis innan jag redogör för mina slutsatser kring huruvida kommissionens riktlinjer ger en rättvisande och heltäckande bild av om och när artikel 101.1 FEUF är tillämplig på agentavtal.

2. Problembakgrund

2.1 Distributionsformer

Kommersiell framgång beror i mångt och mycket på valet av ett lämpligt distributionssystem. Utvecklingen av en produkt för försäljning kräver stora investeringar av både tid och pengar men om det inte finns något lämpligt system för att distribuera produkten till försäljning kan investeringarna vara lönlösa. Därför måste den som tillverkar en vara eller producerar en tjänst fundera på hur vinsten och marknadsandelen ska kunna bli större genom en ökad produktion och försäljning. Ett sätt är att göra egna investeringar i ökad produktions- och försäljningskapacitet. Ett annat sätt är att sluta avtal. Ett avtal om distribution är ett medel för en part att skjuta över kostnader och risker till en avtalspart mot att denne får en andel i den vinst som kan uppstå.¹

Vid valet av vilken distributionsform som lämpar sig bäst måste hänsyn tas till en mängd faktorer. Särskilt produktens beskaffenhet, typen av marknad, producentens storlek och tillgångar, sakrättsliga aspekter och skattefrågor är relevanta vid bedömningen. Det mest avgörande vid valet av distributionsform är dock hur integrerat distributionssystemet ska vara med resten av producentens organisation. En producent som vill ha maximal kontroll över distributionen kan ta hand om den själv genom egna anställda. Det kan tilltala producenter med stora resurser som säljer produkter som är mycket komplicerade. Att sköta distributionen själv kan dock vara både opraktiskt och ett mindre effektivt sätt att använda företagets resurser om producenten till exempel vill säkerställa en effektiv distribution i ett främmande land. Då kan fördelarna med distribution genom lokala representanter som känner till marknaden, språk och lokala förhållanden väga tyngre än viljan att kontrollera distributionen genom integrering i den egna organisationen.² En sådan lokal representant kan vara någon form av mellanman, till exempel en agent, eller en återförsäljare. Förhållandet mellan en producent och en agent skiljer sig starkt från förhållandet mellan en producent och en återförsäljare. Agenten är en uppdragstagare som förmedlar affärer för producenten medan återförsäljaren däremot köper produkter

¹ Goyder, D. G., s. 163.

² Jones & Sufrin, s. 630 f.

från producenten och vidare säljer produkterna direkt eller indirekt genom grossister och handlare.³

Fördelen med ett återförsäljaravtal är att producenten då delar den kommersiella risken på en ny marknad med sin avtalspart och producenten behöver inte stå för kostnaderna för exempelvis lagerhållning av varorna. Risken är dock större att en återförsäljare kan bli en farlig konkurrent efter avtalstidens slut än vad som är fallet med en agent eftersom de kunder en agent arbetar upp blir producentens kunder medan en återförsäljares kunder är återförsäljarens egna. En återförsäljare kan även bestämma försäljningsvillkor och priser fritt medan distributionsformen agentur ger producenten inflytande över bland annat avtalsvillkor och prisbildning på den nya marknaden. För att producenten ska få detta inflytande får agenten inte stå några risker som medför att agenten i praktiken agerar som en självständig återförsäljare. Det innebär att producenten exempelvis måste bära alla kostnader för lagerhållning av varor vilket gör att agentur medför större kostnader och högre ekonomiska risker för producenten än valet av en återförsäljare.⁴ Sammantaget handlar valet av lämplig distributionsform i hög grad om ett val för producenten mellan att bibehålla kontrollen, riskerna och marginalvinsterna men då också stå för kostnaden för kapital, och att få mindre kontroll och lägre marginalvinster men att i gengäld kunna förskjuta riskåtagande, kapitalinvesteringar och kostnader på den andra avtalsparten.⁵

Om producenten väljer att sköta distributionen själv genom att till exempel öppna en filial i ett annat land blir reglerna om förbud mot konkurrensbegränsande avtal inte tillämpliga eftersom de begränsningar KL och EU:s konkurrensregler innehåller inte är tillämpliga på ensidiga förfaranden, om inte tillverkaren har en dominerande ställning på marknaden. Om däremot ett återförsäljaravtal väljs blir EU:s konkurrensregler tillämpliga fullt ut och avtalet riskerar att kunna ogiltigförklaras. Mellan dessa båda ytterändar finns agentavtal som är mer komplicerade ur ett konkurrensrättsligt perspektiv. Till skillnad från en återförsäljare agerar en agent inte för egen räkning utan för sin uppdragsgivares, ”huvudmannens”, räkning vilken också står den ekonomiska risken för transaktionen. Agenten följer huvudmannens instruktioner har som regel inte någon rätt till de varor denne köper in eller säljer.⁶ Av detta framgår att agenter och deras huvudmän inte konkurrerar med varandra trots att de utgör separata företag och därmed är det motiverat att särskilja agentavtal från andra vertikala avtal vid tillämpningen konkurrensreglerna. Gränsdragningen mellan agentavtal och återförsäljaravtal får därför en mycket stor betydelse ur ett konkurrensrättsligt perspektiv.

³ Goyder, D. G., s. 163.

⁴ Christou, s. 941 ff.

⁵ Ibid., s. 946.

⁶ Wetter m.fl., s. 404.

2.2 EU:s konkurrensregler

Inom EU har regleringen av konkurrensrätten spelat en central roll sedan fördraget om upprättande av europeiska ekonomiska gemenskapen trädde i kraft 1958.⁷ Det yttersta syftet med EU:s konkurrensregler är att skapa förutsättningar för en effektiv och fungerande marknad till nytta för konsumenterna. Bakom detta syfte ligger en rad ekonomiska och politiska mål, varav de viktigaste är att främja den gränsöverskridande handeln och integrera den inre marknaden genom undanröjandet av hinder för den fria handeln.⁸

Inom EU finns tre huvudområden när det gäller konkurrensrätt: konkurrensbegränsande avtal mellan företag, utnyttjande av dominerande ställning samt företagsammanslagningar. För en producent som ska avgöra om ett avtal om distribution är förenligt med konkurrensreglerna är främst förbudet mot konkurrensbegränsande avtal aktuellt. I EU:s fördrag återfinns bestämmelser om detta i artikel 101 FEUF⁹ och i svenska KL återfinns den i 2 kap. 1 § KL. Tillämpningsområdet för KL är i princip begränsat till rent inhemska situationer och EU:s regler är i stor utsträckning tillämpliga på svenska förhållanden, bland annat med hänsyn till principen om EU-rättens företräde och principen om direkt effekt.¹⁰ Dessutom bygger KL på EU:s konkurrensregler och ska enligt dess förarbeten tolkas i ljuset av EU-rätten.¹¹ Det medför att praxis från EU-domstolen, förordningar, direktiv och kommissionens tillkännagivanden har direkt betydelse för rättstillämpningen i Sverige.¹² Utöver detta är EU:s konkurrensregler alltid direkt tillämpliga när samhandelskriteriet är uppfyllt, dvs. när ett avtal eller ett förfarande kan påverka handeln mellan EU:s medlemsstater. Även om den geografiska marknad som berörs av ett avtal eller ett förfarande endast är nationell kan handeln mellan medlemsstaterna ändå påverkas, exempelvis genom att ett nationellt nätverk av avtal medför en utestängande effekt och därigenom stör

⁷ I Romfördraget framgår att reglering av konkurrensen var en av gemenskapens huvudaktiviteter. I artikel 3 anges att för att uppnå gemenskapens mål skulle gemenskapen etablera ”a system ensuring that competition shall not be distorted in the Common Market” (svensk version finns ej tillgänglig).

⁸ Gustafsson, Westin, s. 20 f. Se även Rådets förordning 1/2003 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget där det anges i punkt 9 i ingressen att syftet med artikel 101 och 102 FEUF är att skydda konkurrensen på marknaden.

⁹ Artikel 101 FEUF var före Lissabonfördragets ikraftträdande artikel 81 i EG-fördraget och före detta artikel 85 i EEG-fördraget. Endast små språkliga förändringar har skett av artikeln vid respektive omnumrering och inte något som påverkar artikelns tillämpning. I uppsatsen sker hänvisningar genomgående till artikelnumreringen efter Lissabonfördraget.

¹⁰ Principen om företräde innebär att nationella domstolar är skyldiga att inte tillämpa nationella regler som strider mot EU-rätten eftersom EU-rätten utgör en ny och unik rättsordning vars regler har företräde framför nationella regler, se t.ex. 6/64, *Costa mot ENEL*. Principen om direkt effekt innebär att EU-fördragens artiklar i vissa fall skapar rättigheter och skyldigheter för enskilda rättssubjekt som de nationella domstolarna är skyldiga att upprätthålla, se t.ex. 26/62 *Van Gend & Loos*. Enligt fastslagen rättspraxis från EU-domstolen har artikel 101 FEUF direkt effekt.

¹¹ Prop. 2007/08:135 s. 70.

¹² Gustafsson, Westin, s. 25. Det är dock inte alltid lämpligt att vid tillämpningen av KL dra alltför långtgående paralleller med praxis från EU-domstolen eftersom samhandelskriteriet, vilket är av central betydelse för EU-rätten, saknas inom svensk konkurrensrätt.

samhandeln. Avgörande är således inte alltid den geografiska marknaden utan hur handelsmönstret ser ut.¹³

Sammanfattningsvis kan sägas att EU:s konkurrensregler är direkt tillämpliga i Sverige på avtal mellan parter i olika medlemsstater men även rent inhemska avtal kan påverkas, dels eftersom sådana avtal kan påverka samhandeln genom att ha en utestängande effekt men även eftersom de svenska reglerna ska tolkas i ljuset av EU-rätten.

Utöver fördragstexten utgör praxis från EU-domstolen, förordningar¹⁴, direktiv¹⁵ samt beslut och tillkännagivanden från kommissionen underlag för tillämpningen av artikeln. Kommissionen har en särskilt viktig roll vid den praktiska tillämpningen av EU:s konkurrensregler, vilket kommer att framgå i ett senare avsnitt, se nedan, 6.1 *Kommissionens roll*. Artikel 101 FEUF, EU-domstolens praxis och kommissionens beslut och tillkännagivanden kommer att behandlas under var sitt avsnitt nedan.

3. Artikel 101 FEUF

Artikel 101.1 FEUF förbjuder avtal, beslut eller samordnade förfaranden som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen inom den inre marknaden. I artikel 101.2 FEUF anges att sådana avtal eller förfaranden är ogiltiga. För avtal som strider mot artikel 101.1 FEUF men som huvudsakligen har positiva effekter som överväger avtalets negativa påverkan på konkurrensen finns två möjligheter till undantag i artikel 101.3 FEUF, s.k. legalundantag och gruppundantag.

3.1 Kriterier i artikel 101.1 FEUF

Artikel 101.1 FEUF ställer enligt sin ordalydelse upp fyra kriterier för att den ska vara tillämplig. Genom EU-domstolens praxis har ett femte kriterium tillkommit vilket även det kommer att redogöras för i detta sammanhang.

¹³ Ibid., s. 31.

¹⁴ Se bl.a. förordning 1/2003 som infördes för att modernisera tillämpningen av EU:s konkurrensregler och i högre grad involvera företag och nationella domstolar. Genom förordningen avskaffades bl.a. systemet med ansökan till kommissionen om icke-ingripandebesked från förbuden i artiklarna 101.1 och 102 FEUF respektive anmälan för undantag enligt artikel 101.3 FEUF. Numera är undantagen direkt tillämpliga och nationella domstolar och konkurrensmyndigheter har behörighet att tillämpa artikel 101 FEUF i sin helhet. Förordningen innehåller även bestämmelser som syftar till att fastställa förhållandet mellan nationell lagstiftning och EU:s konkurrensregler.

¹⁵ Se bl.a. Rådets direktiv 653/86/EEG om samordning av medlemsstaternas lagar rörande självständiga handelsagenter. Direktivet rör förhållandet mellan handelsagenter och deras huvudmän. Direktivet utfärdades för att harmonisera och koordinera medlemsstaternas lagstiftning rörande agenter för att få större klarhet och effektivitet inom den inre marknaden och ge agenterna större skydd. Direktivet anger vissa obligatoriska rättigheter och skyldigheter både för agenten och för huvudmannen och innehåller bl.a. klausuler angående agents ekonomiska ersättning vid ett agentavtals upphörande. Svenska HaL bygger på detta direktiv.

3.1.1 Företagskriteriet

Det första kriteriet för att artikel 101.1 FEUF ska vara tillämplig är att det ska gälla avtal mellan företag. Begreppet företag definieras inte i artikeln men genom EU-domstolens praxis har begreppet getts en vidsträckt innebörd. Avgörande för om en enhet utgör ett företag är inte enhetens rättsliga status eller dess finansieringsform utan verksamhetens natur, om den bedriver ekonomisk verksamhet eller inte.¹⁶ Ekonomisk verksamhet innefattar all verksamhet som består i att erbjuda varor eller tjänster på en marknad, i vilket syfte verksamheten bedrivs saknar relevans. Således kan såväl aktiebolag, handelsbolag, enskilda firmor och ekonomiska föreningar som ideell verksamhet utan vinstsyfte utgöra företag i artikelns mening. Även statliga och kommunala organ omfattas av begreppet när de inte utövar myndighetsutövning.¹⁷ Därmed omfattas producenter och agenter av begreppet oavsett i vilken bolagsform de bedriver sin verksamhet.

3.1.2 Avtalskriteriet

Begreppet avtal, så som det har tolkats i rättspraxis, bygger på att det föreligger en gemensam vilja mellan minst två parter. Utifrån syftet med artikel 101.1 FEUF har begreppet tolkats brett. EU-domstolen har slagit fast att för att ett avtal ska existera är det tillräckligt att de inblandade företagen har uttryckt sin gemensamma avsikt att uppträda på ett specifikt sätt på marknaden.¹⁸ Det krävs varken att den gemensamma avsikten har kommit till uttryck i ett rättsligt bindande dokument eller att avtalet har någon särskild form utan både skriftliga undertecknade avtal och muntliga överenskommelser inbegrips. Således uppfyller såväl civilrättsligt bindande avtal som andra arrangemang där ett företag gentemot ett annat åtar sig att begränsa sin frihet att agera på marknaden artikelns avtalskriterium.¹⁹

I rättspraxis fastslogs tidigt att avtal mellan parter på olika nivåer i produktionsprocessen, exempelvis mellan en producent och en agent, kan utgöra avtal mellan företag i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF. I *Italien mot Rådet & Kommissionen*²⁰ argumenterade Italien för att artikel 101.1 FEUF endast var tillämplig på horisontella avtal, dvs. avtal mellan parter på samma nivå i produktionsprocessen. Den inställningen avvisades av EU-domstolen eftersom ordalydelsen i vare sig artikel 101 eller 102 FEUF rättfärdigade en tolkning med hänvisning till den ekonomiska nivå på vilken ett företag utövade sin verksamhet. Inte i någon av artiklarna gjordes någon åtskillnad mellan konkurrerande aktörer inom

¹⁶ C-41/90 *Höfner*, punkt 21.

¹⁷ Van Bael & Bellis, s. 31 f., Wetter m.fl., s. 64 ff.

¹⁸ T-7/89 *Hercules Chemicals*, punkt 256.

¹⁹ Wetter m.fl., s. 145 f.

²⁰ C-32/65 *Italien mot Rådet & Kommissionen*.

samma led eller mellan icke-konkurrerande aktörer som befann sig inom olika led i distributionskedjan.

I avtalskriteriet ligger även att det måste röra sig om en samordning mellan två eller flera företag, ensidiga åtgärder omfattas inte. Det medför att artikeln exempelvis inte kan tillämpas på ett avtal mellan en arbetsgivare och en arbetstagare eftersom en arbetstagare inte räknas som ett eget företag.²¹ Även två juridiska personer kan anses utgöra ett enda företag och för att avgöra när så är fallet har den ekonomiska enhetens princip vuxit fram genom EU-domstolens praxis. EU-domstolen har tillämpat principen när det är fråga om två företag som utgör skilda juridiska personer men där ett av företagen inte har någon ekonomisk självständighet eller någon frihet att själv bestämma sina marknadsstrategier. Svårigheten ligger i att avgöra om parterna uppfyller dessa kriterier, dvs. om de är självständiga i sitt beslutsfattande eller om en part är underställd den andra partens centraliserade kontroll.²²

Typexemplet på en ekonomisk enhet mellan två juridiska personer är förhållandet mellan ett moderbolag och ett dotterbolag. Liknande situationer kan dock även förekomma i andra sammanhang, till exempel i förhållandet mellan en huvudman och en mellanman. Vid en prövning av de verkliga omständigheterna kan en agent vara så osjälvständig att det i realiteten är huvudmannen och inte agenten som agerar på marknaden.²³ I dessa fall uttrycker ett agentavtal inte en gemensam vilja mellan två olika parter och avtalskriteriet i artikel 1011 FEUF är då inte uppfyllt. Att avgöra om det föreligger en ekonomisk enhet mellan två parter är dock sällan en enkel uppgift eftersom många olika faktorer ska vägas in och det är parternas faktiska förhållningssätt till varandra som är avgörande och inte den avsikt som har uttryckts i avtalet mellan parterna.

3.1.3 Konkurrensbegränsningskriteriet

Artikel 101.1 FEUF är inte tillämplig så snart ett avtal har ingåtts mellan två eller flera företag utan det krävs att avtalet innehåller någon form av uttalad eller underförstådd restriktion som påverkar konkurrensen. Det krävs dock inte en bevisad effekt på konkurrensen utan av praxis från EU-domstolen framgår att det är tillräckligt att avtalet har en potentiell effekt på konkurrensen.²⁴

För att konkurrensbegränsningskriteriet ska vara uppfyllt i ett agentavtal krävs en uttalad eller underförstådd restriktion på agenten eller huvudmannen. Att en

²¹ C-22/98 *Bécu*, punkt 26. Där anges att så länge anställningsförhållandet varar ingår arbetstagaren i företaget och bildar en ekonomisk enhet med det. Arbetstagaren utgör inte något eget företag i den mening som avses i unionens konkurrensrätt. Se även Louri, s. 149 f.

²² Van Bael & Bellis, s. 36 f.

²³ Wetter m.fl., s. 160.

²⁴ Christou, s. 258.

distributör förordnas att verka som agent för en specifik produkt inom ett bestämt område medför inte i sig någon begränsning av konkurrensen och artikel 101.1. FEUF blir inte tillämplig på avtalet. Avtal där en huvudman anlitar flera konkurrerande agenter parallellt inom samma område och där agenterna inte åläggs några restriktioner avseende anskaffandet av konkurrerande produkter är dock mycket ovanliga. Inom EU är det långt mer vanligt att en producent eller en agent, eller båda, accepterar vissa restriktioner på deras kommersiella frihet. Som exempel kan nämnas att en producent går med på att inte ha någon ytterligare agent inom ett specifikt område och en agent kan gå med på att inom angivet område inte företräda någon annan producent som säljer identiska eller konkurrerande varor.²⁵

Ur ett konkurrensrättsligt perspektiv har inställningen till horisontella avtal generellt sett varit misstänksam eftersom dessa avtal ingås mellan konkurrenter. Däremot råder delade meningar kring hur vertikala avtal ska behandlas eftersom de ingås av parter vars verksamheter kompletterar varandra för att få ut produkter på marknaden. Många gånger medför vertikala avtal positiva effekter på handeln genom att exempelvis distributionskostnader minimeras och försäljningen ökas.²⁶ Kommissionen anser att vertikala avtal bara kan orsaka konkurrensrättsliga problem när någon av avtalsparterna har en tillräckligt stor marknadsandel för att konkurrensen mellan varumärken ska påverkas. Om marknadsandelen däremot är liten eller om det finns många konkurrenter på den relevanta marknaden är risken liten för att avtalsparterna kommer att kunna utestänga konkurrenter eller mjuka upp konkurrensen.²⁷ I andra fall uttrycker kommissionen en oro för att vertikala avtal ska reducera rivaliteten mellan konkurrerande företag, underlätta hemligt samförstånd mellan företag på marknaden och skapa hinder för den inre marknaden eftersom det kan skada konsumenterna genom höjda priser, sämre produktutbud och produktkvalitet samt minskad produktinnovation.²⁸

3.1.4 Samhandelskriteriet

Samhandelskriteriet innebär att artikel 101.1 FEUF inte är tillämplig på avtal och förfaranden som inte kan påverka handeln mellan EU:s medlemsstater, då faller förfarandet istället inom den relevanta medlemsstatens jurisdiktion.

Kriteriet har tolkats relativt vidsträckt av EU-domstolen som för att avgöra om ett förfarande faller inom EU:s jurisdiktion har antagit ett brett test där även potentiell eller indirekt effekt på handeln mellan medlemsstater beaktas. Det krävs inte bevis för att ett avtal har haft en verklig påverkan på handeln utan det räcker med att avtalet

²⁵ Goyder, D. G., s. 164.

²⁶ Craig & De Búrca, s. 982 ff.

²⁷ Kommissionens tillkännagivande med riktlinjer om vertikala begränsningar 2010, punkt 111 ff.

²⁸ Jones & Sufrin, s. 642 ff., Riktlinjer om vertikala begränsningar 2010, punkt 100 f.

kunde ha en sådan påverkan. Inte heller det faktum att varje part till ett avtal kommer från en och samma medlemsstat utesluter en tillämpning av artikel 101.1 FEUF. Handeln mellan medlemsstater kan nämligen påverkas genom att avtalet bidrar till att dela upp unionen längs med nationella gränser vilket gör att företag från andra medlemsstater får svårare att slå sig in på den nationella marknaden. Även avtal avseende handel med länder utanför unionen kan påverka handeln inom unionen och då faller även sådana avtal inom EU:s jurisdiktion och artikel 101.1 FEUF kan tillämpas.²⁹ Det medför att även avtal mellan en svensk huvudman och en svensk agent om försäljning i Sverige kan påverka samhandeln och falla in under artikelns tillämpningsområde.

3.1.5 Märkbarhetskriteriet

Att ett avtal mellan två eller flera företag som påverkar handeln mellan medlemsstater innehåller konkurrensbegränsande moment innebär inte med automatik att avtalet är så allvarligt ur konkurrenssynpunkt att det ska förbjudas. Det krävs även att avtalet riskerar att påverka konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt, det ska ha ekonomiska verkningar av någon betydelse. Genom EU-domstolens praxis har därför ett femte kriterium utvecklats för tillämpligheten av artikel 101.1 FEUF. Det kallas doktrinen om de minimis och innebär att ett avtal endast fångas upp av artikeln om det har en märkbar effekt på konkurrensen och handeln mellan medlemsstaterna. Märkbarheten kan vara antingen kvantitativ, vilket hänför sig till avtalspartens marknadsinflytande, eller kvalitativ, vilket hänför sig till konkurrensbegränsningens art.³⁰

För vägledning kring den kvantitativa aspekten av detta kriterium har kommissionen gett ut ett tillkännagivande om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen.³¹ Kommissionen inleder inte några åtgärder mot avtal eller förfaranden som täckts av tillkännagivandet och ålägger inte företag böter om de varit i god tro om att ett ingånget avtal täcks av tillkännagivandet. För avtal som innehåller vissa angivna restriktioner, exempelvis minimipriser och territoriella begränsningar, är en tillämpning av tillkännagivandet dock utesluten.³² Det innebär att agentavtal som innehåller sådana restriktioner kan omfattas av artikeln trots att avtalsparternas marknadsandel understiger det i tillkännagivandet angivna gränsvärdet.

²⁹ Craig & De Búrca, s. 975. För vägledning vid denna bedömning har kommissionen gett ut ett tillkännagivande med riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget.

³⁰ Wetter m.fl., s. 168 f., prop. 2007/08:135 s. 72.

³¹ Kommissionens tillkännagivande om avtal av mindre betydelse som inte märkbart påverkar konkurrensen enligt artikel 81.1 i fördraget (de minimis).

³² Craig & De Búrca, s. 976.

3.2 Undantag från artikel 101.1 FEUF

Tillämpningen av artikel 101.1 FEUF kan ibland anses vara alltför omfattande eftersom många avtal mellan företag faller in under artikelns förbud samtidigt som de har drag som både begränsar och förbättrar konkurrensen. Ett exempel på detta är en producent som för att slå sig in på en ny marknad väljer att använda en agent för distributionen. Agenten är dock bara villig att riskera att marknadsföra produkten om han/hon ges vissa garantier, till exempel att producenten inte ska marknadsföra produkten genom någon annan distributör på samma marknad. En sådan garanti innebär ett hinder för konkurrensen samtidigt som avtalet kan förbättra konkurrensen genom att det tillför en ny produkt till marknaden.

Eftersom avtal som faller in under artikelns förbud i många fall kan ha positiva effekter för marknaden i sin helhet är förbudet kompletterat med möjligheten till både individuella undantag enligt fyra kumulativa och uttömmande kriterier i artikel 101.3 FEUF och gruppundantag enligt särskilda gruppundantagsförordningar utgivna av kommissionen. I gruppundantagsförordningarna identifierar kommissionen ett antal avtalstyper som i vissa fall kan komma att stå i strid med artikel 101.1 FEUF men som presumeras uppfylla kriterierna i artikel 101.3 FEUF. De gruppundantagsförordningar som är relevanta för agentavtal är gruppundantaget för vertikala avtal och gruppundantaget för vertikala avtal inom motorfordonssektorn.³³

Gruppundantagsförordningarna är endast tillämpliga om inblandade företag inte överskrider vissa angivna gränsvärden samt under förutsättning att aktuella avtal inte innehåller särskilt angivna allvarliga begränsningar.³⁴ Att ett avtal inte omfattas av gruppundantaget innebär dock inte att avtalet presumeras stå i strid med förbudet mot konkurrensbegränsande avtal utan endast att en individuell granskning av avtalet måste ske. För att hjälpa företag att genomföra denna individuella granskning har kommissionen gett ut ett tillkännagivande med riktlinjer som beskriver hur kommissionen bedömer vertikala avtal enligt artikel 101 FEUF.³⁵

³³ Kommissionens förordning om tillämpningen av artikel 101.3 FEUF på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden och Kommissionens förordning om tillämpningen av artikel 101.3 FEUF på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden inom motorfordonssektorn. Kommissionens gruppundantag för vertikala avtal ska inte blandas ihop med det svenska gruppundantaget för vertikala avtal eftersom de innehåller vissa skillnader, t.ex. innehåller det svenska gruppundantaget en högre marknadsandelsgräns än kommissionens gruppundantag. Det svenska gruppundantaget är dock baserat på kommissionens gruppundantag varför kommissionens riktlinjer om tillämpning av gruppundantaget är användbara även vid tillämpningen av det svenska gruppundantaget.

³⁴ En sådana allvarlig begränsning är t.ex. fastställandet av högsta eller lägsta pris vilket ofta sker från huvudmannens sida i ett agentavtal. Om avtalet inte uppfyller kraven för att utgöra ett agentavtal enligt riktlinjerna utgör huvudmannens fastställande av försäljningspriset en sådan allvarlig begränsning som medför att gruppundantaget inte kan tillämpas. Se Riktlinjer om vertikala begränsningar 2010, punkt 48 f.

³⁵ Riktlinjerna om vertikala begränsningar har getts ut i två omgångar, år 2000 och 2010. Om inget annat anges åsyftas riktlinjerna från år 2010.

4. Begreppet agentavtal

Innan jag går vidare med att redogöra för EU-domstolens tillämpning av artikel 101.1 FEUF på agentavtal är det relevant att reflektera kring vad som avses med begreppet agentavtal. Begreppet används i internationella sammanhang i vidsträckt mening och ur ett svenskt perspektiv vore det egentligen mer riktigt att tala om mellanmansavtal under artikel 101.1 FEUF. Jag har valt att använda termen agentavtal eftersom den används konsekvent i kommissionens riktlinjer. Som kommer att framgå nedan omfattar dock begreppet mer än vad som vanligtvis betecknas som en agent enligt svenskt juridiskt språkbruk.

4.1 Definition av en agent

EU-domstolen ger inte någon klar definition av vad som avses med en agent i sina avgöranden.³⁶ I flera fall har dock EU-domstolen uttalat att även om det kan konstateras att en mellanman uppfyller alla nationella krav för att betecknas som en agent så ska förhållandet mellan mellanmanen och dennes huvudman bedömas i ljuset av unionsrätten för att avgöra tillämpligheten av artikel 101.1 FEUF.³⁷ I den praxis som rör tillämpningen av artikeln på huvudmän och deras distributörer talas inte bara om agenter utan EU-domstolen har bedömt tillämpligheten av artikeln på bland annat mellanhänder³⁸ (eng. *intermediaries*), handelsrepresentanter³⁹ (eng. *trade representatives*) och återförsäljare⁴⁰ (eng. *dealers*).

Kommissionen ger till skillnad från EU-domstolen en tydlig definition av vad som avses med en agent i sina riktlinjer. Där anges följande:

- En agent är en juridisk eller fysisk person med befogenhet att förhandla och/eller ingå avtal på en annan persons vägnar (huvudman), antingen i agentens eller huvudmannens namn, om
- inköp av varor eller tjänster för huvudmannen eller
 - försäljning av varor eller tjänster som tillhandahålls av huvudmannen.⁴¹

³⁶ Buddecke, s. 87. Ur andra rättskällor kan exempelvis definitionen i direktiv 653/86 nämnas. I första kapitlet, artikel 1 punkt 2 definieras en självständig handelsagent som följer: ”Med handelsagent avses i detta direktiv en självständig agent med varaktig behörighet att förhandla om försäljning eller köp av varor för en annan persons räkning, här nedan kallad huvudman, eller att förhandla om och slutföra sådana affärsuppställningar i huvudmannens namn och för dennes räkning.” Definitionen avser en specifik typ av agent och innebär en avgränsning av det aktuella direktivets tillämplighet. Den bör därför enligt min mening inte ges betydelse som en generell definition av en agent ur ett unionsrättsligt perspektiv.

³⁷ Se t.ex. 40/73 *Suiker Unie*, punkt 478.

³⁸ T-9/92 *Peugeot*, C-217/05 *CEEES*.

³⁹ 40/73 *Suiker Unie*.

⁴⁰ C-266/93 *Volkswagen*.

⁴¹ Riktlinjer om vertikala begränsningar 2010, punkt 12.

Nyckelkriteriet för att avgöra vilka mellanmän som omfattas av definitionen handlar om att särskilja de uppdragstagare som handlar för sin huvudmans räkning från de uppdragstagare som handlar för egen räkning. Endast de som agerar för huvudmannens räkning omfattas av definitionen men det saknar däremot betydelse om mellanmannen agerar i eget namn eller i huvudmannens namn.

Vid en jämförelse med svenska mellanmän framgår att handelsagenter,⁴² som alltid handlar för sin huvudmans räkning och i dennes namn, omfattas. Även kommissionärer,⁴³ som visserligen handlar i eget namn men för huvudmannens räkning, omfattas. Även uppdragstagare som agerar utifrån en fullmakt agerar alltid för någon annans räkning och uppfyller därmed det grundläggande kriteriet för att omfattas av kommissionens definition av en agent. Däremot utesluts ensamåterförsäljare, trots att de ofta kallar sig för generalagenter, eftersom de handlar både för egen räkning och i eget namn.⁴⁴

Utifrån kommissionens definition av en agent är det tydligt att fler svenska mellanmän än bara handelsagenter omfattas av begreppet. Definitionen av en agent är dock bara ett första steg i bedömningen av om artikel 101.1 FEUF är tillämplig på ett avtal eller inte och förbudet mot konkurrensbegränsande avtal kan i vissa fall även tillämpas på avtal med mellanmän som omfattas av definitionen. För den konkurrensrättsliga bedömningen av agentavtal saknar parternas egen beteckning av förhållandet betydelse och hur förhållandet i formell mening karaktäriseras eller vilken civilrättslig reglering som är tillämplig är irrelevant.⁴⁵ Istället ska varje avtal bedömas utifrån de verkliga omständigheterna och de kriterier som EU-domstolen respektive kommissionen har angett som avgörande för att bedöma artikelns tillämplighet ska appliceras på det faktiska ekonomiska förhållandet.

5. Praxis från EU-domstolen

5.1 EU-domstolens roll

EU-domstolen utgörs av domstolen, tribunalen (f.d. förstainstansrätten) och specialdomstolar.⁴⁶ Alla instanser har samma grundläggande uppgift, nämligen att

⁴² Definition 1 § HaL.

⁴³ Definition 1 § KommL.

⁴⁴ Prop. 1990/91:63 s. 50.

⁴⁵ Se exempelvis kommissionens beslut 72/403/EEG *Pittsburgh Corning Europe* där kommissionen fann att beteckningen ”agent” endast hade använts av skatteskäl och inte återspeglade det verkliga förhållandet mellan parterna. Se även Riktlinjer om vertikala begränsningar 2010, punkt 13, där det uttryckligen anges att varken parternas eller den nationella lagstiftningens klassificering av avtalet är relevant för bedömningen av om ett agentavtal föreligger i samband med tillämpningen av artikel 101.1 FEUF.

⁴⁶ Artikel 19.1 EUF. I uppsatsen används genomgående EU-domstolen då en hänvisning åsyftar flera av instanserna samt domstolen respektive tribunalen vid hänvisningar till respektive specifik instans.

pröva unionsakters lagenlighet och att säkerställa en enhetlig tolkning och tillämpning av unionsrätten men de skiljs åt av olika begränsningar rörande vilka frågor de får avkunna dom i. För konkurrensrättsliga mål är tribunalen ofta första instans men även domstolen kan avgöra mål inom detta rättsområde. Specialdomstolarna är inte relevanta för denna uppsats.

Konkurrensrättsliga mål i EU-domstolen väcks antingen genom en talan om ogiltighet under artikel 263 FEUF, dvs. då en sökande yrkar att en rättsakt som antagits av någon av unionens institutioner ska ogiltigförklaras, eller genom en begäran om förhandsavgörande från en nationell domstol under artikel 267 FEUF.⁴⁷ Tribunalen är behörig att som första instans pröva talan om ogiltigförklaring som väckts av en fysisk eller en juridisk person och som avser rättsakter som antagits av unionens institutioner eller institutionernas underlåtenhet att vidta åtgärder. Ett exempel på detta är talan som väckts av ett företag mot ett beslut av kommissionen vari företaget ålagts att upphöra med ett visst förfarande eller där företaget påförts böter.⁴⁸ Även om de flesta konkurrensrättsliga mål prövas av tribunalen och denna instans därför utgör det huvudsakliga forumet för konkurrensrättsliga mål är tribunalen underordnad domstolen.⁴⁹ Tribunalens avgöranden kan överklagas till domstolen men överklagandet måste vara begränsat till rättsfrågor.⁵⁰ Det innebär att tribunalen är första och sista instans när det gäller granskning av de faktiska omständigheter som ligger till grund för till exempel kommissionens beslut i konkurrensfall.⁵¹ Vid domstolens behandling av överklaganden från tribunalen har den i de flesta fall upprätthållit tribunalens domslut även om domstolen ibland har betonat vissa saker annorlunda.⁵² Till skillnad från de begränsningar som gäller för överklagande av mål från tribunalen till domstolen kan tribunalen vid sin prövning av kommissionens beslut granska dessa både vad gäller sakförhållanden och rättsliga förhållanden.⁵³

Genom förfarandet med förhandsavgöranden har EU-domstolen slagit fast viktiga principer för tolkningen av EU:s konkurrensregler och har på så sätt gett viktig assistans åt bland annat kommissionen i dess beslutsfattande.⁵⁴ Generellt kan sägas att EU-domstolen har tolkat artikel 101.1 FEUF teleologiskt och gett stor vikt åt den speciella roll artikeln anses spela inom fördragets konstruktion. EU-domstolen har

⁴⁷ Goyder, D. G., s. 390.

⁴⁸ Artikel 256, 263, 265 och 267 FEUF.

⁴⁹ Blanco, s. 56.

⁵⁰ Artikel 58 Stadgan för EU:s domstol.

⁵¹ Van Bael & Bellis, s. 1149.

⁵² Goyder, D. G., s. 538.

⁵³ Blanco, s. 56.

⁵⁴ Goyder, D. G., s. 538.

låtitt andra artiklar påverka artikelns tolkning men har däremot lagt mindre vikt vid en exakt analys av individuella ord och fraser i artikeln.⁵⁵

5.2 Inställning till agentavtal

Redan på 1970-talet tog EU-domstolen upp mål som rörde tolkning och tillämpning av artikel 101.1 FEUF i förhållande till avtal mellan producenter och deras distributionskanaler. Trots att de första målen avgjordes tidigt finns det ändå inte så mycket praxis på området och EU-domstolen har tills idag endast avgjort ett fåtal fall. De fall som har tagits upp har rört vitt skilda affärsområden, allt från sockerhandlare till reseförsäljare och bensinstationer. På senare tid har flera fall rört motorbranschen där det är vanligt att producenter använder distributionsnätverk bestående av delvis agenter, delvis återförsäljare och delvis av företag som utför agentfunktioner inom visa områden och återförsäljarfunktioner inom andra områden.⁵⁶

I sitt avgörande *Suiker Unie*⁵⁷ lade EU-domstolen grunden för sin inställning till agentavtal under artikel 101.1 FEUF. I målet konstaterade EU-domstolen att en agent som arbetar till förmån för sin huvudman i princip kan behandlas som ett hjälporgan (eng. *auxiliary organ*) som utgör en integrerad del av huvudmannens företag som måste följa huvudmannens instruktioner och därmed, precis som en anställd, bildar en ekonomisk enhet med huvudmannens företag. Om avtalet mellan huvudmannen och agenten däremot ålägger agenten uppgifter som från en ekonomisk synvinkel är nästintill desamma som de uppgifter en självständig återförsäljare utför kan agenten inte anses utgöra en integrerad del av huvudmannens verksamhet och konkurrensbegränsande klausuler kan förbjudas under artikel 101 FEUF. Det beror på att agenten genom att åta sig samma uppgifter som en självständig återförsäljare accepterar finansiella risker genom de avtal som ingås med tredje man.⁵⁸

I senare praxis har EU-domstolens uttalanden i *Suiker Unie* ofta citerats även om kriterierna har modifierats något och EU-domstolen har fått precisera sin inställning till specifika affärsupplägg. Sammantaget kan dess inställning sägas vara att ett vertikalt avtal mellan en agent och dennes huvudman endast omfattas av artikel 101.1 FEUF i de fall då agenten är en oberoende ekonomisk aktör och det således finns ett avtal mellan två företag. En agent och dennes huvudman kan, trots att de är två olika juridiska personer, tillhöra samma ekonomiska enhet och omfattas då inte av förbudet mot konkurrensbegränsande avtal. Utgångspunkten är dock att agenten anses vara en oberoende ekonomisk aktör som endast förlorar sin självständiga ställning om han/hon inte tar någon av de risker som följer av de avtal som ingåtts för

⁵⁵ Ibid., s. 59.

⁵⁶ Christou, s. 279.

⁵⁷ 40/73 *Suiker Unie*.

⁵⁸ Ibid., punkt 539-542.

huvudmannens räkning och samtidigt uppträder som ett hjälporgan som är integrerat i uppdragsgivarens företag.⁵⁹

5.3 Bedömning av kriterier

För att avgöra om ett agentavtal faller utanför tillämpningsområdet för artikel 101.1 FEUF har EU-domstolen bedömt olika kriterier men vid en genomgång av praxis framgår att betoningen har legat på två huvudkriterier: agentens risktagande och dennes integration i huvudmannens affärssystem. Dessa kriterier har funnits med ända sedan *Suiker Unie* på 1970-talet men har ibland uttryckts på olika sätt. Nedan följer en översiktlig genomgång av relevanta avgöranden från EU-domstolen där jag lyfter fram vilka kriterier som varit avgörande vid bedömningen av om ett avtal mellan en agent och dennes huvudman omfattas av förbudet i artikel 101.1 FEUF. För att tydliggöra utvecklingen av EU-domstolens inställning till agentavtal har jag valt att redogöra för rättsfallen i kronologisk ordning med en uppdelning mellan de mål som avgjordes före respektive efter kommissionens riktlinjer för vertikala begränsningar gavs ut år 2000.

5.3.1 Avgöranden före år 2000

I fallet *Suiker Unie*, som nämndes ovan, accepterade domstolen att avtalen mellan en leverantör och dennes handelsrepresentanter innehöll alla viktiga kännetecken enligt nationell rätt för att ett verkligt agentförhållande förelåg: handelsrepresentanterna ålades att sälja i huvudmannens namn och för dennes räkning, att utföra huvudmannens instruktioner, att verka för dennes intressen samt att begränsa sina aktiviteter inom specifika tilldelade territorier.⁶⁰ Domstolen uteslöt dock att mellanmännen i fråga kunde anses utgöra hjälporgan integrerade i uppdragsgivarens företag, då det rörde sig om stora företag som, utöver att distribuera varor för huvudmannens räkning, även bedrev betydande verksamhet för egen räkning inom samma marknad. Huvudmannen hade auktoriserat agenterna att agera som självständiga återförsäljare i situationer där det inte kunde uppstå någon konkurrenssituation mellan agenten och huvudmannen. När konkurrenssituationer däremot kunde uppstå var agenterna hårt styrda genom avtalen med huvudmannen. Ett sådant ambivalent förhållande, där agenten ibland utgjorde en integrerad del av huvudmannens verksamhet och samtidigt kunde agera som en självständig återförsäljare i den utsträckning huvudmannen tillät det, kunde enligt domstolen inte undgå en tillämpning av artikel 101.1 FEUF.⁶¹

⁵⁹ C-217/05 *CEEES*, punkt 38-43

⁶⁰ 40/73 *Suiker Unie*, punkt 538.

⁶¹ *Ibid.*, s. 544-547.

Fallet *Vlaamse Reisbureaus*⁶² rörde flamländska reseagenter som sålde resor för ett stort antal researrangörer. Den belgiska regeringen argumenterade för att artikel 101.1 FEUF inte kunde tillämpas på avtalen mellan reseagenterna och researrangörerna eftersom deras förhållande var ett agentförhållande där agenten skulle anses vara ett hjälporgan till researrangören. Domstolen ansåg dock att trots att agenterna ingick avtal i researrangörernas namn så utgjorde de självständiga återförsäljare som tillhandahöll tjänster på en helt självständig basis.⁶³ Fallet har av många tolkats som att en agent som agerar för mer än en huvudman inte kan ses som en integrerad del av någon av huvudmännens verksamhet eftersom bristen på beroende av någon huvudman gör att agenten blir självständig gentemot var och en av dem. I detta fall ansågs reseagenterna inte kunna agera i sina huvudmäns bästa intresse dels eftersom huvudmännen var konkurrenter och dels eftersom agenten hade möjlighet att välja vilken av huvudmännens konkurrerande produkter och tjänster agenten skulle tillhandahålla slutkunden.⁶⁴

Fallet *Peugeot*⁶⁵ rörde företaget Ecosystem som bedrev parallellimport av bilar från olika länder med fullmakt från ett stort antal franska konsumenter. I målet undersökte tribunalen om Ecosystems verksamhet skulle anses motsvara en återförsäljares p.g.a. att företaget hade tagit risker som kännetecknade en återförsäljare snarare än en mellanhand. Tribunalen gjorde därför en noggrann bedömning av de risker som Ecosystem åtog sig i fullmaktsavtalen med sina kunder. Tribunalen konstaterade dels att Ecosystem inte löpte någon risk förknippad med dubbla ägarbyten, vilket annars var kännetecknande vid köp och försäljning av varor. Den kredit som Ecosystem medgav sina kunder förändrade inte heller fullmaktens rättsliga omfattning eftersom många fullmaktshavare är skyldiga att göra utlägg som sedan ersätts av fullmakts-givaren. Vidare bedömdes förändringar i valutakursen och skyldigheter att betala ersättning för skador under förvaring men båda dessa risker ansågs normala för en fullmaktshavare och var i vart fall skilda från riskerna förenade med ägande.⁶⁶ Avslutningsvis kommenterade tribunalen, med hänvisning till motpartens argument att en mellanhand som erhållit ett stort antal fullmakter blir en oberoende operatör, att enbart ett kvantitativt kriterium som grundas på antalet fullmakter inte räcker för att ändra arten av en yrkesmässig mellanhands verksamhet.⁶⁷

Slutligen ska nämnas *Volkswagen*⁶⁸, där biltillverkaren Volkswagen förbjöd sina tyska återförsäljare att fungera som mellanmän vid ingåendet av leasingavtal i andra

⁶² 311/85 *Vlaamse Reisbureaus*.

⁶³ *Ibid.*, punkt 19-20.

⁶⁴ Christou, s. 278 f., 282 f.

⁶⁵ T-9/92 *Peugeot*.

⁶⁶ *Ibid.*, punkt 50-54.

⁶⁷ *Ibid.*, punkt 61.

⁶⁸ C-266/93 *Volkswagen*.

fall än med Volkswagens eget dotterbolag VAG Leasing. Vidare ålades återförsäljarna att köpa in bilar av Volkswagen för egen räkning och sedan sälja dessa till VAG Leasing och att därefter, när de leasingavtal VAG Leasing hade förmedlat upphörde, återköpa fordonen från VAG Leasing. Volkswagen hävdade att deras tyska återförsäljare utgjorde en ekonomisk enhet med VAG Leasing och att avtalen därför inte omfattades av artikel 101.1 FEUF eftersom det inte fanns mer än ett företag.⁶⁹ Domstolen tillbakavisade detta argument och sade att ”det är enbart när en företrädare inte tar någon av de risker som följer av de avtal som han har förhandlat fram för uppdragsgivarens räkning och uppträder som ett hjälporgan som är integrerat i uppdragsgivarens företag, som företrädaren kan förlora egenskapen av oberoende ekonomisk aktör.”⁷⁰ I målet sade domstolen att återförsäljarnas frihet att bedriva affärsverksamhet var begränsad eftersom de inte fick bedriva leasingverksamhet i eget namn och för egen räkning, vilket talade för integration i Volkswagens distributionsstrategi.⁷¹ Eftersom återförsäljarna högst oberoende bedrev försäljnings- och serviceverksamhet i eget namn för egen räkning samt, åtminstone delvis, åtog sig en ekonomisk risk genom att återköpa fordonen från VAG Leasing efter leasingavtalens upphörande, var kriterierna för att undgå en tillämpning av artikel 101.1 FEUF dock inte uppfyllda.⁷²

5.3.2 Kritik från Generaladvokat Tesouro

EU-domstolens äldre praxis har kritiserats av bland annat generaladvokat Tesouro i dennes förslag till avgörande i *Volkswagen*. Tesouro sammanfattade problematiken kring agentavtal i följande fråga: undantas agentavtal från tillämpningen av artikel 101.1 FEUF eftersom det saknas ett avtal mellan två självständiga parter i enlighet med bestämmelsen eller utgör det ett avtal enligt samma bestämmelse som ska bedömas med utgångspunkt från de eventuella konkurrenshinder som dess bestämmelser orsakar? Enligt Tesouro hade frågan fått oklara svar i tidigare praxis vilket hade försvårat en fastställelse av vilka kriterier som medför att agentavtal inte omfattas av artikel 101.1 FEUF.⁷³ Enligt Tesouros tolkning hade kommissionens inställning och EU-domstolens egen rättspraxis tidigare beskrivit agenter på två sätt, antingen som oberoende näringsidkare som utgjorde företag enligt artikel 101.1 FEUF eller som hjälporgan till uppdragsgivaren som tillhörde samma ekonomiska enhet som denne. Att agenten integrerades med uppdragsgivaren syntes medföra att agenten inte längre var en oberoende ekonomisk aktör och ett av villkoren för att tillämpa artikel

⁶⁹ Ibid., punkt 18.

⁷⁰ Ibid., punkt 19.

⁷¹ Ibid., punkt 24.

⁷² Ibid., punkt 19.

⁷³ Förslag till avgörande i C-266/93 *Volkswagen*, punkt 15.

101.1 FEUF skulle därmed ha försvunnit med den effekten att alla bestämmelser i agentavtalet skulle undantas förbudet i artikeln.⁷⁴

Tesauro kritiserade teorin om den ekonomiska enhetens princip och den därav påstådda frånvaron av avtal mellan oberoende företag som ett kriterium för att avgränsa villkoren för en tillämpning av artikeln på agentavtal. Enligt generaladvokaten var ”sökandet efter allmängiltiga bedömningsgrunder som kan ge ett allmänt svar som kan tillämpas på samtliga agenturavtal och varje enskilt avtal generellt sett, [...] dömt att misslyckas”. Tesauro ansåg istället att agentavtal i princip omfattas av konkurrensreglerna och att enstaka avtalsklausuler endast kan undantas från tillämpning av reglerna om de inte har något konkurrensbegränsande syfte eller sådan verkan.⁷⁵

Det aktuella fallet, *Volkswagen*, visade tyligt de problem som kunde uppstå vid en tillämpning av äldre praxis. Tesauro konstaterade att ett agentavtal enligt äldre praxis föll under artikelns tillämpningsområde när agenten, förutom att bära finansiella risker, konkurrerade med huvudmannen på samma marknad eller agerade för flera konkurrerande huvudmän. Problemet i *Volkswagen* var att de restriktiva klausulerna i agentavtalet förhindrade agenten från att konkurrera med huvudmannen eller att agera för konkurrerande huvudmän. Samtidigt var dessa restriktiva klausuler, som talade för en integration av agenten i huvudmannens affärsverksamhet och mot en tillämpning av artikel 101.1 FEUF, konkurrensbegränsande i sig och borde därmed förbjudas enligt samma artikel.

Domstolen följde inte generaladvokatens inställning i sitt avgörande. Däremot stämmer kommissionens inställning till agentavtal, som den senare uttrycktes i riktlinjerna om vertikala begränsningar, väl överens med generaladvokatens.⁷⁶

5.3.3 Avgöranden efter år 2000

Trots generaladvokat Tesausos kritik avgjordes 2003 återigen ett mål om tillämpligheten av artikel 101.1 FEUF med hänsyn till principen om ekonomisk enhet. I målet angav tribunalen att två faktorer ska beaktas vid bedömningen av om det föreligger en ekonomisk enhet i ett vertikalt förhållande, dels om agenten åtar sig någon ekonomisk risk och dels om agentens tjänster tillhandahålls huvudmannen exklusivt.⁷⁷ I förhållande till agentens exklusivitet hänvisade tribunalen till *Suiker Unie* och sade att omständigheten att en agent parallellt med sin agentverksamhet

⁷⁴ Ibid., punkt 16

⁷⁵ Ibid., punkt 18-19.

⁷⁶ Goyder, D.G., s. 168.

⁷⁷ T-66/99 *Minoan Lines*, punkt 126.

bedriver självständig näringsverksamhet i konkurrens med huvudmannens näringsverksamhet talar mot att parterna tillhör samma ekonomiska enhet.⁷⁸

I det aktuella fallet ansåg tribunalen att de kriterier som enligt rättspraxis ska tillämpas för att bedöma om en mellanman och en huvudman utgör en ekonomisk enhet var uppfyllda med hänsyn till att agenten agerade på marknaden enbart i huvudmannens namn och för dennes räkning och inte heller åtog sig några ekonomiska risker. Dessutom lade tribunalen vikt vid att de två aktuella företagen av utomstående ansågs tillhöra en enda ekonomisk enhet.⁷⁹

Ett av de mål som på senare tid fått mest uppmärksamhet på området är tribunalens avgörande i *Daimler Chrysler*.⁸⁰ I målet prövade tribunalen ett överklagande av kommissionens beslut i *Mercedes-Benz*.⁸¹ Målet rörde åtgärder vidtagna av Daimler Chrysler bland annat för att förhindra parallellimport av fordon. Företaget hade till exempel instruerat sina tyska agenter att inte sälja några fordon utanför Tysklands gränser samt att kräva förtidsbetalning vid beställningar från utländska kunder. Parterna hade olika inställning till kommissionens bedömning av agenternas rättsliga ställning, i synnerhet graden av risktagande för agenterna. Kommissionens ansåg att agenterna bar många risker som inte var typiska för agentur och att förfarandet därför skulle granskas under artikel 101.1 FEUF. Mot detta hävdade Daimler Chrysler att agenterna inte bar några risker förbundna med fordonsförsäljning och att de var en integrerad del av företagets verksamhet, varför alla kriterier för att artikeln inte ska tillämpas var uppfyllda.

Tribunalen granskade avtalen mellan Daimler Chrysler och de tyska agenterna och konstaterade att agenternas uppgift endast var att locka till sig kunder och förmedla beställningar till Daimler Chrysler för accept och fullgörande. Agenterna hade inte något inflytande över priset när de förhandlade med kunden och fick inte bevilja rabatter utan samtycke från Daimler Chrysler, förutom i de fall då rabatterna belastade agenternas egen provision.⁸² Vidare köpte aldrig agenterna in bilar i syfte att återförsälja dem till kunder och var heller inte skyldiga att hålla ett lager av fordon. Därför fann tribunalen att kommissionen saknade fog för att i ekonomiskt hänseende likställa agenterna med återförsäljare.⁸³ Det faktum att agenterna fick medge rabatter genom att avstå en del av sin provision för att optimera sin totala provision genom att

⁷⁸ Ibid., punkt 128.

⁷⁹ Ibid., punkt 129.

⁸⁰ T-325/01 *Daimler Chrysler*.

⁸¹ Se nedan, 6.4.1 ang. beslutet 2002/758/EG *Mercedes-Benz*.

⁸² T-325/01 *Daimler Chrysler*, punkt 93-94.

⁸³ Ibid., punkt 96-97.

säja fler bilar kunde enligt tribunalen inte bedömas som en prisrisk utan var ett sätt för agenterna att utöva sin kommersiella frihet.⁸⁴

Tribunalen konkluderade att det var Daimler Chrysler och inte agenterna som åtog sig merparten av riskerna och skyldigheterna kopplade till bilförsäljningen. Agenterna kunde enligt tribunalen likställas med anställda och de utgjorde en ekonomisk enhet med Daimler Chrysler och skulle inte betraktas som separata företag vid tillämpningen av artikel 101.1 FEUF.⁸⁵ Tribunalen gick dock vidare och undersökte om denna slutsats kunde påverkas av att agenterna i agenturavtalet ålades att bära vissa andra kostnader och risker, till exempel transportkostnader, reparationskostnader och utgifter för demonstrationsfordon. Tribunalen fann att dessa skyldigheter inte utgjorde en kommersiell risk som gjorde att agenterna skulle betraktas som oberoende aktörer. Istället kritiserade tribunalen kommissionen för att endast räkna upp skyldigheter förbundna med fordonsförsäljningen som ålagts agenterna i avtalet med huvudmannen utan att visa på vilket sätt dessa skyldigheter utgjorde en väsentlig risk för agenten. Tribunalen sade att kommissionen inte hade gjort en korrekt bedömning av vilken betydelse dessa skyldigheter hade i praktiken.⁸⁶ Tribunalen ansåg att även om skyldigheterna hade ansetts medföra vissa begränsade risker för agenterna kunde de inte ändra kvalificeringen av förhållandet mellan Daimler Chrysler och dess agenter eftersom det rörde sig om uppgifter som utfördes på andra marknader än på den relevanta marknaden.⁸⁷ Slutsatsen blev att det inte var visat att det förelåg något avtal mellan företag enligt den mening som avses i artikel 101.1 FEUF.

Slutligen ska nämnas domstolens två senaste avgöranden som berör förhållandet mellan en huvudman och dennes agent. 2006 och 2008 besvarade domstolen i två förhandsavgöranden frågor rörande avtal ingångna mellan spanska bensinstationsinnehavare och deras leverantör av fordonsbränsle, CEPSA.⁸⁸ Avtalen i de båda fallen var identiska och tolkningsfrågorna från de nationella domstolarna var mycket lika och därför hänvisade domstolen i det senare fallet flera gånger till sitt avgörande i *CEEES*.

Domstolen sade att den avgörande faktorn för att fastställa om en bensinstationsinnehavare är en oberoende ekonomisk aktör är det avtal som slutits med huvudmannen, särskilt de underförstådda eller uttryckliga klausuler som rör fördelningen av finansiella eller affärsmässiga risker i samband med försäljningen av

⁸⁴ Ibid., punkt 99.

⁸⁵ Ibid., punkt 102.

⁸⁶ Ibid., punkt 104-112.

⁸⁷ Ibid., punkt 113.

⁸⁸ C-217/05 *CEEES* och C-279/06 *CEPSA*.

varor till tredje man.⁸⁹ Domstolen preciserade de faktorer som är relevanta för att bedöma den faktiska fördelningen av risker mellan bensinstationsinnehavaren och leverantören CEPSA. När det gäller risker förenade med försäljning av varor presumeras bensinstationsinnehavaren stå dessa när bensinstationsinnehavaren övertar äganderätten till varorna, direkt/indirekt står för kostnaderna för distribution av varorna, håller lager på egen bekostnad, ansvarar för eventuella skador på varorna samt om bensinstationsinnehavaren är skyldig att till leverantören erlagga ett belopp som motsvarar den mängd bränsle som har levererats istället för den mängd som faktiskt har sålts. När det gäller risker förenade med investeringar som är typiska för marknaden innebär bensinstationsinnehavarens eventuella investeringar i lokaler och utrustning att de nämnda riskerna övergår på bensinstationsinnehavaren. Domstolen påpekade dock att den omständigheten att bensinstationsinnehavaren enbart bär en obetydlig del av risken inte innebär att artikel 101.1 FEUF blir tillämplig.⁹⁰

Domstolen framhöll även att det endast är de skyldigheter som agenten har vid försäljning av varor till tredje man för huvudmannens räkning som kan undantas vid tillämpningen av artikel 101.1 FEUF. Bestämmelser som avser förhållandet mellan agenten och huvudmannen, exempelvis exklusivitetsklausuler och konkurrensklausuler, kan däremot innebära en överträdelse av konkurrensreglerna i den mån de leder till en avskärmning av den relevanta marknaden. På sådana klausuler är förbudet i artikel 101.1 FEUF alltid tillämpligt.⁹¹

Efter att ha redogjort för EU-domstolens avgöranden rörande agentavtal under artikel 101.1 FEUF återstår nu att beskriva kommissionens inställning till agentavtal som den har kommit till uttryck i dess riktlinjer om vertikala begränsningar. Därefter kommer jag i analysen att återkomma till EU-domstolens avgöranden och jämföra dessa med kommissionens riktlinjer.

6. Kommissionens riktlinjer

6.1 Kommissionens roll

Kommissionen har en särskild roll när det gäller genomförandet av EU:s konkurrensregler och ska, enligt artikel 105 FEUF, säkerställa tillämpningen av principerna i artikel 101 och 102 FEUF och övervaka efterlevnaden av EU:s konkurrensregler. Tidigare var systemet för tillämpningen av EU:s konkurrensregler starkt centraliserat till kommissionen men genom införandet av förordning 1/2003 har systemet decentraliserats och även de nationella konkurrensmyndigheterna har nu

⁸⁹ C-217/05 *CEEES*, punkt 46, C-279/06 *CEPSA*, punkt 36.

⁹⁰ C-217/05 *CEEES*, punkt 51-59 & 61, C-279/06 *CEPSA*, punkt 38-40.

⁹¹ C-217/05 *CEEES*, punkt 62, C-279/06 *CEPSA*, punkt 41.

parallell behörighet att tillämpa artikel 101 och 102 FEUF inklusive undantagsregeln i artikel 101.3 FEUF. Även om medlemsstaterna nu är mer delaktiga i tillämpningen av EU:s konkurrensregler har kommissionen fortfarande en mycket central roll.⁹²

6.2 Riktlinjer om vertikala begränsningar

Kommissionen har getts befogenhet att tillämpa artikel 101.3 FEUF på grupper av vertikala avtal som omfattas av artikel 101.1 FEUF. Utifrån denna befogenhet har kommissionen antagit gruppundantagsförordningen för vertikala avtal. Som nämndes ovan under 3.2 har kommissionen till denna förordning gett ut riktlinjer där kommissionen anger principer för bedömningen av vertikala avtal under artikel 101 FEUF. Där förklarar kommissionen hur gruppundantagsförordningen för vertikala avtal ska tillämpas och ger principer för när de generellt anser att vertikala avtal faller utanför tillämpningsområdet för artikel 101.1 FEUF.

Syftet med riktlinjerna är att hjälpa företag att göra en egen bedömning av vertikala avtal enligt EU:s konkurrensregler. De kriterier som presenteras i riktlinjerna ska dock inte tillämpas mekaniskt utan kommissionen betonar att företagen måste ta hänsyn till de specifika omständigheter som föreligger i varje enskilt ärende. Kommissionen anger även att riktlinjerna inte påverkar den rättspraxis som tribunalen och domstolen har utvecklat.⁹³ Till skillnad från gruppundantagsförordningen är riktlinjerna inte rättsligt bindande men har ur ett praktiskt perspektiv stor betydelse eftersom de är vägledande för både företag och nationella myndigheter. Som ett exempel på riktlinjernas betydelse kan nämnas att svenska konkurrensverket i sin praxis har följt principerna i kommissionens riktlinjer vid bedömningen av mellanmansavtal under 2 kap. 1 § KL.⁹⁴

Riktlinjernas innehåll rör till största del tillämpningen av gruppundantagsförordningen: dels på vilka villkor den är tillämplig och dels hur den ska tillämpas på enskilda fall. Riktlinjerna inleds dock med ett avsnitt som beskriver vertikala avtal som i allmänhet faller utanför artikel 101.1 FEUF. Det är dels avtal som inte kan påverka handeln mellan medlemsstater märkbart eller som inte kan ha till syfte eller resultat att begränsa konkurrensen märkbart, dels agentavtal och dels underleverantörsavtal. För denna uppsats vidkommande är endast punkterna om agentavtal relevanta varför de två andra typerna av avtal lämnas helt därhän.

⁹² Wetter m.fl., s. 21.

⁹³ Riktlinjer om vertikala begränsningar 2010, punkt 3-4.

⁹⁴ Wetter m.fl., s. 395. Det råder inget tvivel om riktlinjernas status som icke rättsligt bindande men vid anpassningen av lag (2008:581) om gruppundantag för vertikala konkurrensbegränsande avtal gav Mannheimer Swartling Advokatbyrå som förslag att införa en hänvisning i lagen till riktlinjerna med hänsyn till den betydelse riktlinjerna har för tolkningen av gällande rätt. Regeringen ansåg däremot att lagen inte borde innehålla en hänvisning till riktlinjerna eftersom de inte är rättsligt bindande, vilket dock inte skulle tolkas som att riktlinjerna frånkändes sitt värde som hjälpmedel vid tolkningen av konkurrensreglerna. Se prop. 2009/10:236 s. 20 f.

6.3 Inställning till agentavtal

6.3.1 Framväxt av riktlinjer

Kommissionens uttryckliga inställning till agentavtal under artikel 101.1 FEUF har vuxit fram i omgångar sedan 1960-talet. 1962 gav kommissionen ut sitt första tillkännagivande om exklusiva agentavtal med handelsagenter där kommissionen angav att det avgörande kriteriet som särskiljde en agent från en självständig återförsäljare var i vilken utsträckning agenten ansvarade för de finansiella riskerna i samband med utförandet av hans/hennes uppgifter.⁹⁵ Om en agent endast utförde den grundläggande uppgiften att söka kunder åt sin huvudman ansåg kommissionen att eventuella restriktioner på agenten var acceptabla som en konsekvens av agentförhållandet. Om agenten däremot åtog sig egna risker blev hans/hennes funktion mer lik den självständiga återförsäljarens och enligt syftet med konkurrensreglerna skulle agenten då behandlas som ett självständigt företag med konsekvensen att några restriktioner inte kunde accepteras.⁹⁶

Efter några år stod det klart att kommissionens tillkännagivande varken reflekterade EU-domstolens senare avgöranden eller de förändringar som skett i kommissionens egen inställning, framför allt avseende inställningen till agenter som arbetade för mer än en huvudman. Behovet av ett nytt tillkännagivande blev därför tydligt och 1996 gav kommissionen ut en grönbok om vertikala begränsningar. Där erkände kommissionen att dess tidigare inställning till agentavtal inte hade kännetecknats av en ekonomisk analys samt att den var medveten om att många vertikala avtal inte har någon märkbar konkurrensbegränsande effekt och därmed logiskt sett inte bör falla in under artikel 101.1 FEUF. Kommissionen konkluderade att sättet att angripa vertikala avtal hädanefter skulle baseras mer på ekonomiska överväganden och att det skulle införas ett brett gruppundantag för vertikala avtal.⁹⁷

Den 1 januari 2000 trädde kommissionens första gruppundantagsförordning om vertikala avtal i kraft och till denna gav kommissionen ut sitt första tillkännagivande med riktlinjer om vertikala begränsningar.⁹⁸ Dessa riktlinjer klarlade att agentavtal kunde undantas från artikel 101.1 FEUF och att det avgörande kriteriet för en mer gynnsam behandling under artikel 101.1 FEUF, precis som i tillkännagivandet från 1962, var de finansiella och kommersiella riskerna i avtalet. I riktlinjerna gjorde kommissionen en uppdelning mellan äkta agenter, vilka inte omfattades av artikel 101.1 FEUF, och oäkta agenter som föll innanför artikelns tillämpningsområde. De relevanta risker som förhindrade en agent från att anses som äkta kategoriserades som

⁹⁵ Kommissionens tillkännagivande om exklusiva agentavtal med handelsagenter.

⁹⁶ Goyder, D. G., s. 164 f.

⁹⁷ Craig & De Búrca, s. 986 f.

⁹⁸ Riktlinjer om vertikala begränsningar 2000.

antingen tillhörande de förhandlade eller ingångna avtalen eller tillhörande marknadsspecifika investeringar. De relevanta riskerna exemplifierades också i en icke uttömmande lista. Riktlinjerna var tysta i förhållande till andra kriterier som tillämpats av EU-domstolen, till exempel agentens integration i huvudmannen. Riktlinjerna kritiserades därför för att inte vara helt i överensstämmelse med den praxis som utvecklats av EU-domstolen sedan 1962 års tillkännagivande.⁹⁹

6.3.2 Nya riktlinjer 2010

Gruppundantagsförordningen från 2000 upphörde att gälla den 31 maj 2010 och med tanke på att erfarenheterna av den varit positiva ansåg kommissionen att det var lämpligt att ge ut en ny gruppundantagsförordning vid utgången av den gamla.¹⁰⁰ Kommissionen utfärdade därför en ny gruppundantagsförordning den 20 april 2010 och gav i samband med detta även ut nya riktlinjer om vertikala begränsningar.¹⁰¹

De nya riktlinjerna överensstämmer i stor utsträckning med riktlinjerna från år 2000 i de delar som rör agentavtal, de största förändringarna har gjorts i övriga delar av riktlinjerna.¹⁰² Här ska uppmärksammas några skillnader rörande agentavtal. De nya riktlinjerna har övergett alla hänvisningar till äkta agentavtal och refererar endast till agentavtal i generell bemärkelse, det talas inte längre om några oäkta agentavtal. Även om det sedan länge varit klarlagt i praxis att parternas egen eller den nationella klassificeringen av ett avtal inte är relevant för bedömningen är det först i de nya riktlinjerna som detta nämns uttryckligen.¹⁰³ I de äldre riktlinjerna angavs två typer av risker som relevanta för bedömningen av ett avtals karaktär av genuint agentavtal: risker tillhörande de förhandlade eller ingångna avtalen och risker tillhörande marknadsspecifika investeringar. I de nya riktlinjerna har kommissionens lagt till en tredje risktyp, nämligen risker som har samband med andra verksamheter på samma produktmarknad.¹⁰⁴ I utkastet till kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar 2010 hade kommissionen föreslagit att den tredje risktypen även skulle omfatta verksamheter på andra produktmarknader, men detta ströks i den slutgiltiga versionen.

De nya riktlinjerna har dock inte medfört någon skillnad i kommissionens generella inställning att agentavtal kan undantas från tillämpningsområdet för artikel 101.1 FEUF i vissa fall. Sammantaget kan sägas att riktlinjerna är inriktade på att särskilja

⁹⁹ Goyder, D. G., s. 167 f.

¹⁰⁰ Se ingressen till gruppundantagsförordningen för vertikala avtal 2010, punkt 2.

¹⁰¹ Riktlinjer om vertikala begränsningar 2010.

¹⁰² Bland de större förändringar som har gjorts kan nämnas att tröskelvärdet för marknadsandelar som tidigare bara gällde leverantörens marknad numera även gäller för köparen. Vidare har betydande förändringar gjorts avseende handeln över internet.

¹⁰³ Riktlinjer om vertikala begränsningar 2010, punkt 13.

¹⁰⁴ Jfr. Riktlinjer om vertikala begränsningar 2000, punkt 14 och Riktlinjer om vertikala begränsningar 2010, punkt 14 .

agentavtal från andra avtal utifrån de risker som åläggs agenten i avtalet. När det är fråga om ett agentavtal utgör agentens inköps- och försäljningsfunktioner en del av huvudmannens verksamhet och eftersom huvudmannen tar de finansiella och ekonomiska riskerna faller alla skyldigheter som agenten åläggs utanför tillämpningsområdet för artikel 101.1 FEUF. Eftersom agenten inte utövar någon självständig ekonomisk verksamhet i relation till den verksamhet han/hon har utsetts till agent för agerar huvudmannen genom agenten och alla restriktioner agenten åläggs är egentligen ensidiga beslut från huvudmannens sida.¹⁰⁵ Om agenten däremot bär någon av de risker som beskrivs i riktlinjerna betraktas avtalet mellan agenten och huvudmannen inte som ett agentavtal och agenten kommer att behandlas som ett fristående företag och avtalet omfattas då av artikel 101.1 FEUF som varje annat vertikalt avtal.¹⁰⁶

Enligt riktlinjerna utgör vissa av agentens skyldigheter en integrerad del av ett agentavtal eftersom de avser huvudmannens möjlighet att fastställa omfattningen av agentens verksamhet i fråga om varor eller tjänster som hör till agentavtalet. Om huvudmannen ska stå för all risk behöver han/hon själv kunna fastställa sin affärsstrategi och därför omfattas inte följande skyldigheter av tillämpningsområdet för artikel 101.1 FEUF: skyldigheter som begränsar det geografiska område där agenten kan sälja varorna eller tjänsterna, till vilka kunder agenten får sälja varorna eller tjänsterna och begränsningar av priser och villkor för agentens försäljning.¹⁰⁷ Andra vanliga avtalsbestämmelser som rör förhållandet mellan agenten och huvudmannen, till exempel exklusivitetsklausuler och bestämmelser om att representera ett enda varumärke, kan däremot stå i strid med artikel 101.1 FEUF eftersom agenten är ett eget företag separat från huvudmannen. En bedömning av dessa bestämmelser får ske separat för att avgöra om de har konkurrenshämmande effekter och om de omfattas av något gruppundantag.¹⁰⁸

6.4 Relevant bedömningskriterium - risker

Av riktlinjerna framgår att det relevanta kriteriet för att särskilja agentavtal från andra avtal är den ekonomiska eller kommersiella risk som agenten bär i fråga om de verksamheter för vilka denne har utsetts som agent av huvudmannen.¹⁰⁹ Precis som i de äldre riktlinjerna finns det inte någon hänvisning till EU-domstolens bedömning av agentens integration i huvudmannens affärsverksamhet eller agentens självständighet

¹⁰⁵ Riktlinjer om vertikala begränsningar 2010, punkt 18, Christou, s. 281.

¹⁰⁶ Riktlinjer om vertikala begränsningar 2010, punkt 21.

¹⁰⁷ Ibid., punkt 18.

¹⁰⁸ Ibid., punkt 19.

¹⁰⁹ Ibid., punkt 13.

utan kommissionen anger att det inte är relevant för bedömningen av om ett avtal är ett agentavtal huruvida agenten agerar för en eller flera huvudmän.¹¹⁰

I riktlinjerna anges tre typer av ekonomiska eller kommersiella risker som är relevanta för att ett avtal ska klassificeras som ett agentavtal i samband med tillämpningen av artikel 101.1 FEUF: (1) avtalsspecifika risker som är direkt knutna till de avtal som agenten förhandlar om eller ingår på huvudmannens vägnar, (2) risker som har samband med marknadsspecifika investeringar och (3) risker som har samband med andra verksamheter på samma produktmarknad, om huvudmannen begär att agenten ska delta i sådan verksamhet – men inte som agent på huvudmannens vägnar utan på egen risk.¹¹¹ Ett avtal klassificeras bara som ett agentavtal om agenten inte bär någon eller endast en obetydlig risk i fråga om de avtal som ingås och/eller förhandlas på huvudmannens vägnar. Risker som är knutna till själva verksamheten med att tillhandahålla agenttjänster i allmänhet anses inte relevanta att beakta vid bedömningen.¹¹²

Kommissionen anger en icke uttömmande förteckning över när ett avtal i allmänhet kommer att anses vara ett agentavtal och tillämpningen av artikel 101.1 FEUF därmed utesluts.¹¹³ Så är fallet när äganderätten till avtalsvaror som köps eller säljs inte övergår på agenten och agenten exempelvis inte på egen bekostnad lagerhåller avtalsvarorna, inte ansvar för kunders underlåtenhet att fullgöra avtalet och inte gör marknadsspecifika investeringar i utrustning, lokaler eller dylikt. I de nya riktlinjerna betonar kommissionen att agenter kan göra sådana investeringar utan att anses ha åtagit sig en sådan stor risk att avtalet inte kan anses vara ett agentavtal, under förutsättning att huvudmannen betalar full ersättning för agentens kostnader.¹¹⁴

6.4.1 Beslut från kommissionen

För att belysa hur kommissionen har tillämpat riskkriteriet ska här redogöras för några beslut från kommissionen rörande upplägg mellan agenter och deras huvudmän. I två beslut som avgjordes innan kommissionen gav ut sina första riktlinjer år 2000 gjorde kommissionen hänvisningar till andra bedömningsgrunder än risker, nämligen bristen på uppdragstagares integration i huvudmannens distributionssystem¹¹⁵ och agents självständiga ställning gentemot till sina huvudmän¹¹⁶. I senare ärenden har dock kommissionen uteslutande bedömt de risker som ålagts agenten i avtalet med huvudmannen.

¹¹⁰ Ibid., punkt 13.

¹¹¹ Ibid., punkt 14.

¹¹² Ibid., punkt 15.

¹¹³ Ibid., punkt 16.

¹¹⁴ Ibid., punkt 16 f).

¹¹⁵ Beslut 72/403/EEG *Pittsburgh Corning Europe*.

¹¹⁶ Beslut 91/562/EEG *Eirpage*.

Även *FIFA*¹¹⁷ avgjordes innan riktlinjerna gavs ut men i detta beslut fokuserade kommissionen på agentens risktagande. Ärendet gällde en reseagent som hade exklusiv tillgång till arenabiljetter till fotbolls VM 1990 vilket gjorde att andra reseagenter inte kunde sälja paketresor till tävlingen eftersom de inte kunde få tag på några biljetter. FIFA, som hade gett reseagenten de exklusiva rättigheterna, ansåg att reseagenten endast agerade som en agent tilldelad en specifik funktion av FIFA och inte en separat enhet. Kommissionen avvisade detta argument eftersom reseagenten var tvungen att köpa biljetter för egna tillgångar och tog risken av att de inte blev sålda. Denna höga risk gjorde att reseagenten ansågs vara en separat enhet från FIFA och kommissionens fann att upplägget stred mot artikel 101.1 FEUF.

I *Mercedes-Benz*¹¹⁸ avfärdade kommissionen motpartens argument att de restriktioner avseende export som ålades en distributör föll utanför tillämpningsområdet för artikel 101.1 FEUF eftersom de relevanta avtalen var agentavtal. Kommissionen ansåg istället att agenterna åtog sig stora finansiella risker och att de därför skulle anses vara självständiga återförsäljare. Kommissionen hänvisade bland annat till att agenterna i ekonomisk avseende liknade bilhandlare som ersattes genom marginalvinster eftersom eventuella rabatter som agenterna medgav till kunderna drogs av från agenternas provision. Dessutom ansåg kommissionen att agenterna åtog sig transportkostnader eftersom agenterna var skyldiga att leverera nya fordon som inte hämtades av kunderna direkt. Även agenternas skyldighet att anskaffa demonstrationsbilar och hålla ett lager med reservdelar på egen bekostnad utgjorde risker som gjorde att agenterna i realiteten var självständiga återförsäljare.¹¹⁹ Kommissionen tillbakavisade motpartens uppfattning att agenterna utgjorde riktiga handelsagenter eftersom de var införlivade i huvudmannens bolag med hänsyn till att införlivande inte utgjorde något självständigt kännetecken för avgränsningen mellan en handelsagent och en återförsäljare.¹²⁰ Beslutet överklagades till tribunalen som gjorde en helt annan bedömning än kommissionen av agenternas riskåtagande, se ovan, 5.3.3 angående mål T-325/01 *Daimler Chrysler*.

7. Analys

Efter en genomgång av EU-domstolens praxis och kommissionens riktlinjer rörande agentavtal under artikel 101.1 FEUF kan konstateras att den generella inställningen till agentavtal, både från EU-domstolens och från kommissionens sida, är att denna typ av avtal under vissa förutsättningar undgår en tillämpning av artikeln. Det framgår vidare att EU-domstolen och kommissionen däremot resonerar olika när det gäller

¹¹⁷ Beslut 92/521/EEG *FIFA*.

¹¹⁸ Beslut 2002/758/EG *Mercedes-Benz*.

¹¹⁹ *Ibid.*, punkt 155-159.

¹²⁰ *Ibid.*, punkt 161-163.

under vilka förutsättningar och i vilken omfattning agentavtal faller utanför artikelns tillämpningsområde. Därför är det viktigt att granska riktlinjerna i förhållande till EU-domstolens avgöranden. Nedan följer en genomgång av de punkter där jag anser att de största och mest avgörande skillnaderna finns samt vilken betydelse dessa skillnader kan få för företag vid den praktiska tillämpningen av riktlinjerna.

7.1 Skäl för att agentavtal inte omfattas av artikel 101.1 FEUF

Precis som Tesauro anförde i sin kritik gentemot EU-domstolen och kommissionen i sitt förslag till avgörande i *Volkswagen* är det inte helt enkelt att avgöra varför EU-domstolen respektive kommissionen har valt att undanta agentavtal från tillämpningsområdet för artikel 101.1 FEUF.¹²¹ Enligt min mening bör artikelns tillämplighet som utgångspunkt undersökas utifrån fördragstexten och som angavs i texten ovan, se 3. *Artikel 101 FEUF*, ställer artikelns fem kriterier upp varierande problem för dess tillämplighet i förhållande till agentavtal.

Artikelns samhandelskriterium orsakar inte några svårigheter för agentavtal när utgångspunkten är att avtalet rör distribution i en annan medlemsstat. Det är även tydligt att både agenter och deras huvudmän klassificeras som företag i den mening som avses enligt företagskriteriet. Eftersom de, trots att de är separata juridiska personer, kan utgöra en ekonomisk enhet är det dock inte självklart att kravet på en samordning mellan minst två företag enligt avtalskriteriet uppfylls. Civilrättsligt är förhållandet mellan en agent och dennes huvudman inte ett anställningsförhållande utan ett avtalsförhållande mellan två oberoende parter varför kravet på två företag som utgångspunkt är uppfyllt. Eftersom deras förhållande i stort påminner om förhållandet mellan ett moderbolag och ett dotterbolag finns det dock anledning att ge dem samma förmåner ur konkurrenssynpunkt. Detta förefaller vara det huvudsakliga skälet till varför EU-domstolen anser att agentavtal inte faller in under förbudet i artikel 101.1 EU-domstolen synes använda principen om ekonomisk enhet och hänvisar i flera rättsfall till att artikeln endast är tillämplig i de fall då agenten utgör en oberoende ekonomisk aktör och det således finns ett avtal mellan två företag.¹²²

Värt att nämna är dock att exempelvis generaladvokat Tesauro har anfört kritik mot teorin om den ekonomiska enhetens princip som ett skäl till att agentavtal inte omfattas av artikel 101.1 FEUF eftersom principen skulle ”få till följd att alla klausuler i ett sådant avtalsförhållande skulle komma i åtnjutande av en allmän immunitet mot föreskrifterna i artikel 85” (nuvarande artikel 101 FEUF). Istället hävdade Tesauro att agentavtal omfattas av konkurrensreglerna och att enstaka

¹²¹ Förslag till avgörande i C-266/93 *Volkswagen*, punkt 15.

¹²² Se t.ex. C-279/06 *CEPSA*, punkt 35.

avtalsklausuler endast kan undantas från tillämpning av reglerna om de inte har något konkurrensbegränsande syfte eller sådan verkan.¹²³

Kommissionen ger inte ett tydligt skäl till varför agentavtal undantas från artikelns tillämpningsområde men antyder att det beror på att agenten inte ska behandlas som ett fristående företag om avtalet uppfyller kraven för att utgöra ett agentavtal.¹²⁴ Vidare anges att vid agentavtal utgör agentens uppgifter en del av huvudmannens verksamhet.¹²⁵ Enligt min mening synes kommissionen med detta åsyfta att agenten och huvudmannen utgör ett företag eller en ekonomisk enhet och att avtskriteriet i artikel 101.1 FEUF därmed inte är uppfyllt. Samtidigt anges dock agentens möjlighet att agera för flera huvudmän som ett skäl till att det för alltför långt att beskriva en agent som en del av samma ekonomiska enhet som huvudmannen.¹²⁶

Även artikelns konkurrensbegränsningskriterium kan diskuteras när det gäller agentavtal. Eftersom agentavtal ofta ingås för att agenten ska kunna åläggas strikta konkurrensbegränsningar synes kriteriet vid första anblicken vara uppfyllt. Återigen kan dock likheten med förhållandet mellan ett moderbolag och ett dotterbolag motivera att agenter behandlas på samma sätt som dotterbolagen gör även ur detta perspektiv. Precis som det inte finns något konkurrensförhållande mellan ett moderbolag och ett dotterbolag finns det inte heller mellan en agent och en huvudman. Generaladvokat Lenz angav i sitt förslag till avgörande i *Viho Europe* att självständiga ekonomiska konkurrensåtgärder från ett dotterbolags sida är otänkbara när moderbolaget fullständigt kontrollerar och bestämmer över dess handlande och då saknas det en konkurrens att skydda under artikel 101.1 FEUF.¹²⁷ På samma sätt kan inte en agent som utför sin verksamhet helt under huvudmannens kontroll agera konkurrerande gentemot huvudmannen och då finns inte heller i detta förhållande någon konkurrens att skydda.

Kommissionen angav inför införandet av sitt första gruppundantag för vertikala avtal att den var medveten om att många vertikala avtal inte har någon märkbar konkurrensbegränsande effekt och därför inte bör falla in under artikel 101.1 FEUF. Genom att införa ett brett gruppundantag för vertikala avtal tog kommissionen därför hänsyn till att agentavtal i många fall inte är skadliga ur konkurrenssynpunkt men trots detta har kommissionen kritiserats för att inte bedöma agentavtal utifrån kravet

¹²³ Förslag till avgörande i C-266/93 *Volkswagen*, punkt 17.

¹²⁴ Riktlinjer om vertikala begränsningar 2010, punkt 21 motsatsvis.

¹²⁵ *Ibid.*, punkt 18-19.

¹²⁶ Bellamy & Child, s. 510 f.

¹²⁷ Förslag till avgörande i C-73/95 P, *Viho Europe*, punkt 67.

på konkurrensbegränsande effekt utan istället utgå från undantagsreglerna i artikel 101.3 FEUF.¹²⁸

Sammantaget kan sägas att det inte är självklart att de kriterier artikel 101.1 FEUF ställer upp för att vara tillämplig är uppfyllda när det gäller agentavtal och det finns därmed goda skäl för att de undantas från artikelns tillämpningsområde. EU-domstolens bedömning av agentavtal följer artikelns ordalydelse mer tydligt än kommissionens beslut och riktlinjer genom att EU-domstolen först bedömer om det föreligger ett avtal mellan två oberoende företag och sedan om avtalet riskerar att medföra att konkurrensen snedvrids.¹²⁹ Kommissionen synes enligt min uppfattning vilja skapa ett eget undantag för agentavtal där artikelns kriterier inte är utgångspunkten utan där agentavtal undantas med utgångspunkt i gruppundantaget för vertikala avtal, vilket i sig undantar avtal som faller in under artikelns tillämpningsområde men som generellt sett anses uppfylla kraven för undantag enligt artikel 101.3 FEUF.

7.2 Betydelsen av att definiera en agent

Som framgått ovan ger EU-domstolen till skillnad från kommissionen inte någon definition av vad som omfattas av begreppet agent. Istället för att fästa uppmärksamhet vid distributörens rättsliga klassificering har EU-domstolen fokuserat på att bedöma tillämpligheten av artikel 101.1 FEUF utifrån de faktiska omständigheterna och den ekonomiska verkligheten. Därför har EU-domstolen tillämpat sina kriterier på olika typer av distributörer oavsett vad de har getts för beteckning i avtalet med uppdragsgivaren. Även kommissionen anger att avtalets klassificering saknar betydelse men eftersom riktlinjerna innehåller en definition av en agent är det naturligt att börja bedömningen av ett avtalsförhållande med denna.

Vid en jämförelse mellan svenska mellanmän och kommissionens definition av en agent framgår att flera svenska mellanmän passar in i definitionen, exempelvis kommissionärer. Trots detta har kommissionsavtal vissa karaktärsdrag som gör att det ändå är tveksamt om principerna för agentavtal i förhållande till artikel 101.1 FEUF kan tillämpas på dem. Ett exempel på detta är att en handelskommissionär, dvs. en kommissionär vars uppdrag faller inom området för en av kommissionären bedriven näringsverksamhet, typiskt sett bedriver en vidsträckt rörelse även för andra kommittenters räkning samt ofta en omfattande rörelse för egen del.¹³⁰ Med hänsyn tagen till den osäkerhet som råder kring agenter som agerar för flera huvudmän på grund av EU-domstolens krav på att agenten ska vara integrerad i huvudmannens affärsverksamhet är det tveksamt om principerna för agentavtal kan tillämpas på

¹²⁸ Jones & Sufrin, s. 704.

¹²⁹ Se t.ex. C-279/06 *CEPSA*, punkt 35 och 43.

¹³⁰ Tiberg, Dotevall, s. 94.

kommissionärer trots att de omfattas av riktlinjernas definition av en agent. Detta gäller även för handelsagenter eftersom det är vanligt att även handelsagenter ofta företräder mer än en huvudman, till exempel genom att saluföra likartade varor av olika fabrikat.¹³¹

Exemplet med kommissionärer visar att definitionen av en agent endast är en inkörsport där potentiella agentavtal särskiljs från uppenbara återförsäljaravtal där distributören agerar helt för egen del. För företag som använder riktlinjerna för att bedöma om ett avtal omfattas av tillämpningsområdet för artikel 101.1 FEUF är det därför viktigt att vara medveten om att definitionen av en agent spelar en liten roll och att det är de bedömningskriterier som EU-domstolen och kommissionen har ställt upp som är avgörande, samt att en helhetsbedömning måste ske där alla omständigheter tas i beaktande.

Enligt min åsikt är därför EU-domstolens tillvägagångssätt att föredra eftersom det inte kan vilseleda företag att tro att avtal med uppdragstagare som omfattas av definitionen av en agent automatiskt behandlas som agentavtal i riktlinjerna. Dessutom kan definitionens gränsdragning mellan mellanmän som agerar för egen räkning och mellanmän som agerar för annans räkning orsaka problem vid tillämpningen på mellanmän som agerar både för huvudmannens räkning och för egen räkning i näraliggande verksamheter. Exempelvis inom motorfordonsbranschen förekommer att bilförsäljare agerar som agenter för nya bilar men som självständiga återförsäljare för begagnade bilar. När verksamheten sker i samma lokaler och riktar sig till samma kunder blir gränsdragningen mellan den verksamhet bilförsäljaren har utsetts till agent för och den självständiga verksamheten svår. I dessa fall uppkommer frågan om dessa mellanmän utesluts helt från en tillämpning av principerna för agentavtal eftersom de inte passar in i definitionen av en agent.

7.3 Relevanta bedömningskriterier

Som framgick ovan i genomgången av praxis har EU-domstolen vid tillämpningen av artikel 101.1 FEUF på avtal mellan en producent och dennes distributör fäst avgörande vikt både vid agentens integration i huvudmannens affärsverksamhet och vid de risker agenten åtar sig. Det kan alltså talas om att EU-domstolen ställer upp två kriterier för att avgöra artikelns tillämplighet, även om dessa kriterier har uttryckts på olika sätt i olika avgöranden. Integrationskriteriet har ibland uttryckts i termer av agenten som ett hjälporgan till huvudmannen eller att agenten arbetar exklusivt för huvudmannen. EU-domstolen har även i ett flertal mål refererat till agentens självständighet i sitt handlande som en omständighet som medför att artikeln blir tillämplig. Det kan vara med hänsyn till agentens storlek eller ekonomiska styrka,

¹³¹ Ibid., s. 114.

eller det faktum att han/hon har ett antal lönsamma näringsverksamheter som konkurrerar med huvudmannens verksamhet och som förhindrar agenten från att bli ekonomiskt beroende av huvudmannen.¹³²

I sitt första tillkännagivande om exklusiva agentavtal med handelsagenter talade även kommissionen om agenten som ett hjälporgan till huvudmannen och i sina tidiga beslut tog kommissionen hänsyn till integrationen mellan agenten och huvudmannen och agentens självständighet.¹³³ I sina senare avgöranden samt i riktlinjerna om vertikala begränsningar har dock kommissionen övergått till att endast bedöma vilken part som åläggs riskerna i avtalet. Kommissionen kritiserades för att riktlinjerna från år 2000 inte var helt i överensstämmelse med den praxis som EU-domstolen hade utvecklat sedan 1962 års tillkännagivande men trots detta nämner även riktlinjerna från år 2010 endast riskerna som ett relevant bedömningskriterium.

När det gäller vilka bedömningskriterier som är relevanta kan det därmed synas föreligga en stark diskrepans mellan riktlinjerna och EU-domstolens praxis men utifrån EU-domstolens senaste avgöranden kan relevansen av andra kriterier än riskerna ifrågasättas. Tidigare har riskkriteriet aldrig varit det enda kriteriet som har granskats i fall som relaterar till agenter utan begreppen hjälporgan och risker har alltid formulerats separat. Begreppet hjälporgan har dock aldrig blivit tydligt definierat och verkar ha varit utsatt för en förvirrad behandling tidigare men har icke desto mindre alltid behandlats av EU-domstolen i dess avgöranden.¹³⁴ Sedan år 2000 har dock situationen blivit än mer oklar eftersom EU-domstolen endast har fokuserat på riskbedömningen, trots att den precis som tidigare hänvisat till sitt uttalande i *Volkswagen* att agentens självständighet endast går förlorad om denne inte bär någon risk och är integrerad i huvudmannens affärsverksamhet. Exempelvis kan nämnas *Daimler Chrysler* där kommissionen betonade att de aktuella agenterna åtog sig stora risker medan uppdragsgivaren Daimler Chrysler försvarade sitt agerande med att agenterna var integrerade i verksamheten. EU-domstolen tog upp agenternas självständighet och de risker de åtog sig, dvs. båda kriterierna, men fokuserade sin bedömning på om agenterna ålades några risker eller inte.¹³⁵ Den enda referensen till agenternas integration rörde huruvida de ur en strukturell synpunkt var integrerade i uppdragsgivarens företag eller inte.¹³⁶

¹³² Goyder, D. G., s. 167 f.

¹³³ Se exempelvis beslut 72/403/EEG *Pittsburgh Corning Europe* och beslut 91/562/EEG *Eirpage*.

¹³⁴ För en genomgång av begreppets behandling i rättspraxis se Diény, s. 8 f.

¹³⁵ Se exempelvis punkt 112 i T-325/01 *Daimler Chrysler* där tribunalen konkluderar att den ”finner att skyldigheterna inte utgör en kommersiell risk som gör det möjligt att betrakta Mercedes-Benz agent som en oberoende aktör”.

¹³⁶ Diény, s. 9.

När EU-domstolen i sitt avgörande från 2008 återigen skulle bedöma agentavtal under artikel 101.1 FEUF kom tyvärr inte några klargöranden rörande existensen av ett eller flera relevanta bedömningskriterier utan EU-domstolen refererade än en gång till sitt uttalande i *Volkswagen* men i praktiken granskade EU-domstolen endast ett kriterium som en avgörande faktor, nämligen risktagandet. Enligt min mening innebär dock detta inte att EU-domstolen anser att integrationskriteriet är överspelat utan det kan vara ett praktiskt förhållningssätt från EU-domstolens sida för att det är enklare att bedöma agenternas risktagande än att avgöra deras integration. När EU-domstolen väl har funnit att ett avtalsförhållande inte uppfyller de krav som ställs avseende riskbedömningen saknas det anledning för EU-domstolen att även bedöma nästa kriterium.

Om EU-domstolen inte har avsett att överge integrationskriteriet kvarstår diskrepansen mellan riktlinjerna och praxis och detta kan orsaka problem i de fall ett företag utifrån riktlinjerna bedömer att en agent inte bär några risker och att avtalet därför inte omfattas av tillämpningsområdet för artikel 101.1 FEUF. Då finns det nämligen eventuellt en risk för att avtalet kan ogiltigförklaras av EU-domstolen på grund av bristen på integration mellan agenten och huvudmannen. Eftersom det i första hand är kommissionen och inte EU-domstolen som övervakar efterlevnaden av EU:s konkurrensregler är jag dock av den uppfattningen att denna eventuella diskrepans inte kommer att orsaka några större praktiska problem för företag, det är högst osannolikt att kommissionen skulle förbjuda ett avtalsupplägg baserat på ett kriterium som motsäger kommissionens egna riktlinjer.

Tills dess att EU-domstolen överger sina hänvisningar till agenten som ett hjälporgan till huvudmannen kvarstår dock oklarheten kring betydelsen av integrationskriteriet och riktlinjerna kan på denna punkt inte anses ge en heltäckande bild av vilka bedömningskriterier som är relevanta vid tillämpningen av artikel 101.1 FEUF på agentavtal.

7.3.1 Agentens exklusivitet

Eftersom riktlinjerna inte nämner integrationskriteriet överhuvudtaget och det inte är klarlagt om EU-domstolen har avsett att kriteriet är av sekundär betydelse i förhållande till riskkriteriet kan den uppenbara motsägelse som finns mellan riktlinjerna och praxis när det gäller agenter som agerar för flera huvudmän orsaka problem vid en praktisk tillämpning av riktlinjerna.

EU-domstolens hänvisningar till agentens exklusivitet, som hänger nära samman med kravet på integration, ger vid handen att om en agent agerar för flera huvudmän kommer de skilda avtalen inte att behandlas enligt principerna för agentavtal. Tvärtemot EU-domstolens avgörande i *Vlaamse Reisbureaus*, där artikel 101.1 FEUF ansågs tillämplig på reseagenter som agerade för ett stort antal researrangörer, anger

riktlinjerna att det inte är relevant om agenten agerar för en eller flera huvudmän.¹³⁷ Tyvärr berör EU-domstolen inte denna fråga i sina senare avgöranden men det finns en tydlig konflikt mellan riktlinjerna och äldre praxis.

För att få riktlinjerna att överensstämma med EU-domstolens praxis skulle riktlinjerna kunna tolkas som att de är tillämpliga när en agent agerar för flera huvudmän, med innebörden några få men fler än en. Samtidigt anger riktlinjerna att varje agentförhållande ska bedömas separat under riktlinjerna för att avgöra hur riskerna har fördelats. Eftersom förhållandet mellan varje huvudman och agenten ska klassificeras isolerat från alla andra relationer vore det motsägelsefullt att lägga vikt vid antalet huvudmän som agenten har.¹³⁸

Som anfördes under ovanstående rubrik kan det diskuteras om EU-domstolen har övergett kravet på integration i sina senaste avgöranden, vilket då skulle innebära att en agent skulle kunna agera för flera huvudmän och fortfarande undantas från tillämpningsområdet för artikel 101.1 FEUF, om inte ett agerande för flera huvudmän anses som ett risktagande i sig. Tills detta klargörs av EU-domstolen är det dock oklart om huvudmän behöver införa exklusivitetsklausuler i sina agentavtal för att helt säkert undgå tillämpningen av artikeln.

7.4 Bedömning av riskfördelningen i agentavtal

Även om kommissionen kan kritiseras för vissa tillkortakommanden avseende integrationskriteriet har den varit desto mer nitisk när det gäller bedömningen av risker. Både praxis och riktlinjerna anger att riskkriteriet är relevant för bedömningen av agentavtal under artikel 101.1 FEUF men kommissionen synes ha antagit en mycket strikt inställning till graden av risktagande från agentens sida medan EU-domstolen i sina senare avgöranden uttryckligen har öppnat upp för acceptans av en större grad av risktagande.

EU-domstolen har i sina två senaste avgöranden angett att den avgörande faktorn för att bedöma om en agent utgör en självständig ekonomisk operatör främst är de bestämmelser i avtalet med huvudmannen som rör fördelningen av risker kopplade till försäljning av varor till tredje man.¹³⁹ De faktorer som EU-domstolen angav som relevanta vid värderingen av agentens risktagande, till exempel om distributören tar ägande över godset innan försäljning sker till tredje man, om distributören har lager

¹³⁷ Riktlinjer om vertikala begränsningar 2010, punkt 13. I *Vlaamse Reisbureaus* agerade reseagenterna dock för ett stort antal huvudmän och det kan inte antas att en reseagent som agerar för några få huvudmän hade behandlats på samma sätt.

¹³⁸ Christou, s. 283.

¹³⁹ C-217/05 *CEEES*, punkt 46 och C-279/06 *CEPSA*, punkt 36.

på egen bekostnad och vem som tar ansvar för skador orsakade av tredje man, är mycket lika den uppställning som kommissionen själv gör i sina riktlinjer.¹⁴⁰

Även om både kommissionen och EU-domstolen fäster avgörande vikt vid riskbedömningen och i stort sett bedömer samma typer av riskfaktorer har tribunalen tidigare riktat skarp kritik mot kommissionens riskbedömning. I *Daimler Chrysler* fann tribunalen att kommissionen kraftigt hade överdrivit betydelsen av de risker som var associerade med de aktuella agenternas åtaganden. Tribunalen riktade inte någon kritik mot de olika typer av risker som kommissionen hade konstaterat förelåg utan kritiserade kommissionen för att den inte hade styrkt sina påståenden om att det förelåg en reell ekonomisk eller finansiell risk. Tribunalen angav till och med att ”kommissionen har i själva verket nöjt sig med att räkna upp skyldigheter som åläggs enligt agenturavtalet [...] utan att visa på vilket sätt dessa skyldigheter utgör en väsentlig risk för agenten.”¹⁴¹ Kommissionen framstår i detta sammanhang som mycket hård i sin bedömning av agenternas risktagande och har kritiserats för att utforma sina riskkategorier alltför kategoriskt. Även om riktlinjerna utvidgar möjligheten att undanta agentavtal från tillämpningsområdet för förbudet mot konkurrensbegränsande avtal genom att ange att det inte är relevant att beakta om agenten har egen verksamhet eller verksamhet för flera huvudmän, så sker en begränsning genom riktlinjernas omfattande katalog av exemplifierande ekonomiska och finansiella risker som i praktiken gör att nästan varje form av risktagande från agentens sida medför att avtalet med huvudmannen faller innanför tillämpningsområdet för artikel 101.1 FEUF.¹⁴²

I *Daimler Chrysler* angav tribunalen att agenter kunde åta sig vissa risker utan att artikel 101.1 FEUF direkt blev tillämplig och gick därigenom bort från bokstavstolkningen av *Volkswagen* där det angavs att agenten förlorade sin självständighet om denne inte bar *någon* risk och var integrerad i huvudmannens affärsverksamhet. Tribunalen antydde att en agent bland annat kan förväntas riskera vissa förluster vid initiala investeringar och enligt tribunalens resonemang tilläts en agent att ligga ute med pengar som inte alltid återgäldades utan att detta ansågs vara mer än en försumbar risk.¹⁴³ I de senaste fallen rörande spanska bensinstationer angav EU-domstolen att en agent måste bära mer än en obetydlig del av risken för att artikel 101.1 FEUF ska bli tillämplig.¹⁴⁴

¹⁴⁰ Jfr. kommissionens exemplifierande lista över risker i Riktlinjer om vertikala begränsningar 2010, punkt 16.

¹⁴¹ T-325/01 *Daimler Chrysler*, punkt 112.

¹⁴² Wetter m.fl., s. 395.

¹⁴³ Henty, s. 107. I *Daimler Chrysler* talar tribunalen t.o.m. om att skyldigheterna ska utgöra en väsentlig risk för agenten, se T-325/01 *Daimler Chrysler*, punkt 112.

¹⁴⁴ C-217/05 *CEES*, punkt 61 och C-278/06 *CEPSA*, punkt 40.

Även riktlinjerna anger att en agent, för att avtalet med huvudmannen ska klassificeras som ett agentavtal, får bära en obetydlig risk men det angavs även i de äldre riktlinjerna och ingen nyansering har således skett efter tribunalens avgörande i *Daimler Chrysler*.¹⁴⁵ På denna punkt överensstämmer riktlinjerna i stort sett med EU-domstolens praxis och den eventuella avvikelser som finns gentemot praxis gäller kommissionens praktiska bedömningar av agents riskåtaganden. Några förändringar i inställningen till riskbedömningen kan dock inte utläsas ur de nya riktlinjerna och tidigare anförd kritik mot att hänsyn inte tas till att risker är relativa i förhållande till vilken bransch som är aktuell och vilka marknadsförutsättningar som råder kan fortfarande anföras mot kommissionen.

När det gäller bedömningen av riskfördelningen i agentavtal har kommissionen dock gjort vissa förändringar i de nya riktlinjerna jämfört med riktlinjerna från år 2000. Numera anges att endast risker burna av agenten inom samma produktmarknad är relevanta för bedömningen.¹⁴⁶ Denna förändring har troligtvis skett efter målet *Daimler Chrysler* där tribunalen angav att även om en agent i ett avtal med sin huvudman åläggs begränsade risker så kan de inte ur ett konkurrensrättsligt perspektiv ändra kvalificeringen av parternas förhållande när de utförs på en annan marknad än den relevanta marknaden.¹⁴⁷ Tidigare särskiljde inte riktlinjerna mellan risker burna på olika marknader och denna förändring har gjort att riktlinjerna numera överensstämmer bättre med EU-domstolens praxis.

7.5 Partiell tillämpning av artikel 101.1 FEUF

När det gäller vilka klausuler i ett agentavtal som kan undantas från tillämpningsområdet av artikel 101.1 FEUF har EU-domstolens inställning förändrats i senare praxis och riktlinjerna synes numera överensstämma med EU-domstolens inställning eftersom såväl EU-domstolen som kommissionen särskiljer mellan avtalsklausuler som rör förhållandet mellan agenten och huvudmannen och avtalsklausuler som begränsar agentens agerande gentemot andra parter.

I sina tidigare avgöranden antydde EU-domstolen att när en agent är integrerad i huvudmannens affärsverksamhet är inte artikel 101.1 FEUF överhuvudtaget tillämplig på avtalet dem emellan.¹⁴⁸ Även generaladvokat Tesauro anser att EU-domstolen varit tydlig med att samtliga bestämmelser i ett agentavtal undantas förbudet i artikel 101.1 FEUF när en företrädare integreras i uppdragsgivarens företag eftersom ett av villkoren för att tillämpa artikeln då försvinner.¹⁴⁹ I sina senaste avgöranden har EU-

¹⁴⁵ Jfr. Riktlinjer om vertikala begränsningar 2010, punkt 15, och Riktlinjer om vertikala begränsningar 2000, punkt 15.

¹⁴⁶ Riktlinjer om vertikala begränsningar 2010, punkt 14 och 16 g.

¹⁴⁷ T-325/01 *Daimler Chrysler*, punkt 113.

¹⁴⁸ Goyder, J., s. 180.

¹⁴⁹ Förslag till avgörande i C-266/93 *Volkswagen*, punkt 16.

domstolen dock angett att endast agentens skyldigheter avseende försäljning av varor till tredje man kan uteslutas från en tillämpning av artikel 101.1 FEUF.¹⁵⁰

I riktlinjerna anges att även avtal som klassificeras som agentavtal inte kan undgå tillämpningen av artikel 101.1 FEUF på alla aspekter. Det är endast de klausuler som rör agentens skyldigheter avseende de avtal agenten ingår eller förhandlar på huvudmannens vägnar som faller utanför artikelns tillämpningsområde. Andra restriktiva bestämmelser i agentavtalet som rör förhållandet mellan agenten och huvudmannen, exempelvis förbud för agenten att agera som agent för konkurrerande varor, kan inte undgå artikelns tillämpning eftersom agenten är ett eget företag separat från huvudmannen.¹⁵¹

I de äldre riktlinjerna angavs något motsägelsefullt att ett äkta agentavtal inte omfattades av artikelns tillämpningsområde samtidigt som exempelvis konkurrensklausuler och exklusivitetsklausuler kunde utgöra en överträdelse av artikeln.¹⁵² I kommissionens nya riktlinjer har denna otydlighet tagits bort genom att det inte längre uttryckligen sägs att hela avtalet kan undgå tillämpningen av artikel 101.1 FEUF utan endast att de skyldigheter som åläggs agenten i förhållande till avtal som ingås och förhandlas på huvudmannens vägnar faller utanför artikelns tillämpningsområde.

Med hänsyn tagen till att EU-domstolen i sina tidiga fall syntes anse att ett avtal mellan en agent och dennes huvudman, när agenten inte åtar sig några risker och agerar som ett hjälporgan till huvudmannen, undgår tillämpningen av artikel 101.1 FEUF eftersom det inte finns något avtal mellan två företag¹⁵³ är det något motsägelsefullt att EU-domstolen numera anger att vissa delar av avtalet omfattas av artikelns tillämpningsområde. Precis som Tesauro anförde i sin kritik mot den ekonomiska enhetens princip borde en tillämpning av principen leda till att alla klausuler i avtalsförhållandet undgår tillämpningen av artikel 101.1 FEUF, se ovan, 7.1 *Skäl för att agentavtal inte omfattas av artikel 101.1 FEUF*. Utifrån detta vore det mer logiskt om EU-domstolen angav att det förelåg ett avtal mellan två företag i artikelns mening men att avtalsklausulerna som rör agentens försäljning till tredje man inte är konkurrensbegränsande och därför inte omfattas av artikeln. En förklaring till EU-domstolens inställning kan finnas i generaladvokat Kokotts förslag till avgörande i *CEEES*. Hon delar upp agentens och huvudmannens förhållande i två delar genom att anförda att ”handelsagenter är verksamma på två skilda marknader. Det rör sig för det första om den marknad på vilken handelsagenten erbjuder

¹⁵⁰ C-217/05 *CEEES*, punkt 62 och C-279/06 *CEPSA*, punkt 41.

¹⁵¹ Riktlinjer om vertikala begränsningar 2010, punkt 19.

¹⁵² Jfr. punkt 15 och 19 i Riktlinjer om vertikala begränsningar 2000.

¹⁵³ Se t.ex. T-325/01 *Daimler Chrysler*, punkt 102 och 40/73 *Suiker Unie*, punkt 539.

eventuella huvudmän sina förmedlingstjänster och för det andra om den marknad på vilken handelsagenten erbjuder huvudmannens varor eller tjänster till eventuella kunder.”¹⁵⁴ Detta är ett helt nytt sätt för EU-domstolen att argumentera och i själva domen anger inte domstolen någon förklaring till sin förändrade inställning. Även om jag anser att EU-domstolen kan kritiseras för sin motsägelsefulla argumentation kan jag inte rikta någon kritik mot riktlinjerna i detta avseende eftersom de nästintill ordagrant överensstämmer med EU-domstolens senaste praxis.

7.6 Praktisk betydelse för företag

Som framgått ovan föreligger vissa skillnader mellan EU-domstolens praxis och kommissionens riktlinjer rörande tillämpningen av artikel 101.1 FEUF på agentavtal. Trots att merparten av dessa skillnader även förelåg i de äldre riktlinjerna har några större förändringar inte skett i de nya riktlinjerna från år 2010 för att anpassa riktlinjerna efter praxis, i vart fall inte när det gäller de relevanta bedömningskriterierna. Snarare synes EU-domstolen i sina senaste avgöranden ha anammat en inställning som i större grad överensstämmer med kommissionens inställning. Konsekvensen av den diskrepans som finns mellan riktlinjerna och praxis är att företag fortfarande måste ta hänsyn till båda dessa rättskällor och kan inte analysera tillämpligheten av artikel 101.1 FEUF på agentavtal uteslutande med vägledning av riktlinjerna.

Vid tillämpningen av riktlinjerna är det viktigt att vara medveten om att kommissionen använder sig av en försiktighetsprincip vid utformningen av riktlinjerna och uppställer en modell enligt vilken företag, om de följer anvisningarna, kan vara säkra på att deras avtal inte kommer att omfattas av artikel 101.1 FEUF. Till detta ska läggas att riktlinjerna, till skillnad från praxis, är resultatet av förhandlingar mellan 27 medlemsstater vilket oundvikligen medför kompromisser på vissa punkter. Exempel på detta kan ses i kommissionens utkast till riktlinjer om vertikala begränsningar där kommissionen bland annat ville tillåta agenter att göra vissa marknadsspecifika investeringar utan att de skulle anses ha åtagit sig en sådan stor risk att avtalet inte kunde anses vara ett agentavtal men där den slutliga versionen innehöll en bisats där det krävdes att huvudmannen skulle betala full ersättning för investeringarna för att dessa skulle godkännas.

En av de punkter där jag anser att riktlinjerna ställer till störst problem för företag rör det faktum att riktlinjerna är så tydliga med att det endast är riskerna som är relevanta att väga in vid bedömningen av agentavtal vid tillämpningen av artikel 101.1 FEUF. Enligt min mening kan detta vilseleda företag att tro att det inte finns ytterligare aspekter att väga in i bedömningen. Vid en genomläsning av riktlinjerna är det lätt att

¹⁵⁴ Förslag till avgörande i *C-217/05 CEEES*, punkt 43.

få uppfattningen att om en agent tar någon form av risk så faller avtalet under tillämpningsområdet för artikel 101.1 FEUF och kan därmed ogiltigförklaras. Den fullständiga bedömning som ska ske under hela artikel 101 FEUF har nämligen hamnat i kulisserna bakom den strikta riskbedömningen. Genom detta ger riktlinjerna en missvisande bild av bedömningen av agentavtal under artikel 101.1 FEUF i förhållande till den bild som framgår av praxis och artikelns egen ordalydelse.

Den modell kommissionen uppställer i sina riktlinjer utgår från ett praktiskt perspektiv för företag. Istället för att genomgå den fulla ekonomisk analys som krävs för att avgöra om ett avtal omfattas av artikel 101.1 FEUF med hänsyn till om det föreligger ett avtal mellan två företag eller om avtalet har ett konkurrensbegränsande syfte eller resultat, kan avtalsparterna föredra att gå den säkra vägen via ett gruppundantag. Detta kan vara anledningen till att kommissionen, i sina riktlinjer, anger att den första frågan för företag bör vara om avtalet faller in under gruppundantagets tillämpningsområde och inte om avtalet egentligen faller inom tillämpningsområdet för artikel 101.1 FEUF och därför behöver granskas under undantagen i artikel 101.3 FEUF. Trots att detta råd från kommissionen är förnuftigt och pragmatiskt så vänder metoden upp och ner på artikel 101.1 FEUF eftersom, teoretiskt sett, ett företag inte ska känna att det måste rätta sig efter gruppundantaget eller kriterierna för undantag i artikel 101.3 FEUF om avtalet överhuvudtaget inte kränker artikel 101.1 FEUF.¹⁵⁵

Under förutsättning av att företag är medvetna om att riktlinjerna inte ger en heltäckande bild av när artikel 101.1 FEUF är tillämplig på agentavtal och att det därmed finns ytterligare möjligheter att argumentera för att ett avtal undgår artikelns förbud, är min uppfattning att de skillnader som finns mellan praxis och riktlinjerna inte nödvändigtvis behöver orsaka några större problem för företagen. Företagen bör tillämpa riktlinjerna som en genväg för att bedöma sina agentavtal men samtidigt vara medvetna om att bedömningen av exempelvis ett avtals konkurrensbegränsande effekter först blir aktuell om riktlinjernas krav på riskfördelningen inte uppfylls. Vad företag som tillämpar riktlinjerna behöver fråga sig är om avtalet utgör ett agentavtal enligt riktlinjerna. Om svaret är ja kan företaget vara tryggt med att kommissionen inte kommer att inleda några rättsliga förfaranden gentemot företaget. Om svaret är nej får företaget anpassa eller skriva om avtalet så att det inte överträder kriterierna i artikel 101.1 FEUF eller så att undantagen i artikel 101.3 FEUF kan tillämpas.

¹⁵⁵ Jones & Sufrin, s. 652.

8. Slutsatser

Efter att ha studerat kommissionens riktlinjer i ljuset av EU-domstolens praxis rörande agentavtal under artikel 101.1 FEUF har jag dragit slutsatsen att riktlinjerna inte ger en heltäckande och därmed inte heller en rättvisande bild av när och under vilka förutsättningar ett agentavtal kan undgå tillämpningen av artikeln.

Både EU-domstolens och kommissionens grundinställning är att agentavtal under vissa förutsättningar kan undantas från artikelns tillämpningsområde. Det främsta skälet till detta synes enligt EU-domstolens uppfattning vara att en agent ibland anses utgöra ett och samma företag med huvudmannen och att kravet i artikel 101.1 FEUF på att det ska finnas ett avtal mellan minst två oberoende företag därför inte är uppfyllt. Kommissionen anger inte lika klart sina skäl för att agentavtal inte omfattas av artikeln men antyder att avtalskriteriet inte är uppfyllt eftersom agentens uppgifter är en del av huvudmannens verksamhet. Riktlinjernas otydlighet kring huruvida agentavtal undantas på grund av att kriterierna för att tillämpa artikel 101.1 FEUF inte är uppfyllda eller för att kriterierna för undantag i artikel 101.3 FEUF är uppfyllda är enligt min uppfattning negativt eftersom riktlinjerna kan uppfattas som motsägelsefulla på flera punkter och ett tydligt syfte hade i dessa fall underlättat tolkningen av dem.

Kommissionens definition av en agent har liten betydelse vid tillämpningen av principerna för agentavtal och det är i praktiken de bedömningskriterier som anges i riktlinjerna som är avgörande för att avgöra vilka avtal som faller utanför artikel 101.1 FEUF. Det finns dock tydliga skillnader mellan EU-domstolens praxis och riktlinjerna när det gäller vilka kriterier som är relevanta att ta med i bedömningen. EU-domstolen har tidigare hänvisat till både agentens integration i huvudmannens verksamhet och dennes risktagande medan riktlinjerna tydligt anger att endast riskerna är relevanta. För kommissionens äldre riktlinjer fanns därför ingen tvekan om att de inte överensstämde med EU-domstolens praxis i dessa delar. Sedan EU-domstolen i dess senaste avgöranden flyttat fokus från integration till riskbedömning synes de nya riktlinjerna däremot vara mer i enlighet med praxis trots att några större skillnader i texten i de nya riktlinjerna inte har skett. Den oklarhet som finns kring huruvida integration är ett verkligt kriterium försvårar tillämpningen av artikel 101.1 FEUF på agentavtal eftersom det enligt riktlinjerna är en tillräcklig åtgärd att allokera alla risker till huvudmannen för att undvika artikelns tillämpning samtidigt som praxis från EU-domstolen visar att det eventuellt även krävs en verklig integration med huvudmannens affärsverksamhet.

Att EU-domstolen i sina senaste avgöranden synes överge kravet på agentens integration mer och mer påverkar synen på agenter som agerar för mer än en huvudman. Att riktlinjerna anger att det saknar betydelse hur många huvudmän en

agent arbetar för stod tidigare i rak motsats till EU-domstolens avgöranden men om integrationskriteriet fasas ut av EU-domstolen kommer även kravet på att agenten ska arbeta exklusivt för en huvudman minska i betydelse. Tills EU-domstolen tydligt har tagit ställning i frågan kan riktlinjerna dock inte anses vara i överensstämmelse med praxis på den punkten.

Även när det gäller bedömningen av relevanta risker skiljer sig kommissionens inställning åt från EU-domstolens. Kommissionen har generellt sett anammat en striktare inställning till agenternas riskåtagande och har kritiserats för detta av EU-domstolen. På denna punkt är det dock inte riktlinjernas ordalydelse som skiljer sig från praxis eftersom de riskfaktorer som bedöms av kommissionen respektive EU-domstolen överensstämmer, utan istället är det kommissionens praktiska tillämpning som kan kritiseras. Viss förändring avseende vilka risker som är relevanta att ta med i bedömningen har dock skett i de nya riktlinjerna genom att det nu anges, precis som EU-domstolen har slagit fast i praxis, att endast risker på den relevanta marknaden ska beaktas.

När det gäller den utsträckning i vilken avtalsklausuler kan undgå tillämpningen av artikel 101.1 FEUF så överensstämmer riktlinjerna numera med praxis tack vare en förändrad inställning hos EU-domstolen. Både kommissionen och EU-domstolen anger att det endast är avtalsklausuler som rör förhållandet mellan agenten och tredje man som inte omfattas av artikelns tillämpningsområde. De nya riktlinjerna uttrycker en mer konsekvent inställning till vilka delar av avtalet som inte omfattas än äldre riktlinjer men däremot är EU-domstolens nya inställning motsägelsefull med hänsyn till att den som skäl anger att det inte finns ett avtal mellan två oberoende företag och att kriterierna för att tillämpa artikel 101.1 FEUF därför inte är uppfyllda.

Enligt min uppfattning ska inte bristen på överensstämmelse mellan riktlinjerna och praxis ges alltför stora proportioner ur ett praktiskt perspektiv för företag. Riktlinjerna är endast vägledande och uppfyller det syftet genom att dra upp gränser för en skyddad zon, i vart fall när det rör gränsdragningen för tillåtna risker, inom vilken företagen kan vara säkra på att deras avtal inte kan ogiltigförklaras under artikel 101.2 FEUF. Dessa gränser synes i vissa fall vara hårdare än de gränser EU-domstolen ställer upp, men avtal som inte uppfyller riktlinjernas krav faller inte automatiskt in under artikel 101.1 FEUF utan nästa steg blir att bedöma avtalet utifrån de kriterier som ställs upp i artikeln och eventuellt tillämpa undantagskriterierna i artikel 101.3 FEUF.

Om EU-domstolen i fortsättningen håller fast vid att agentens integration i huvudmannens affärsverksamhet är ett kumulativt kriterium tillsammans med begränsade riskåtaganden kan det medföra problem för företag som har följt kommissionens riktlinjer och endast tagit hänsyn till riskfördelningen. Vid en

prövning inför EU-domstolen skulle den kunna bedöma att även om agenten inte åtar sig några risker så uppfyller inte avtalet det andra kravet för att avtalet ska undgå en tillämpning av förbudet mot konkurrensbegränsande avtal. Särskilt när det gäller agenter som arbetar för fler än en huvudman kan detta orsaka problem eftersom dessa agenter inte behöver åta sig några risker i avtalet med respektive huvudman men uppfyller enligt äldre praxis inte kravet på integration med huvudmännen. Tyvärr har några klargöranden inte kommit i EU-domstolens senare avgöranden och därför kan inte riktlinjernas vägledning anses tillräckligt tillförlitlig för företag som ska bedöma sina agentavtal i förhållande till förbudet i artikel 101.1 FEUF.

9. Källförteckning

9.1 Litteratur

- Bellamy, C. & Child, G. *European Community Law of Competition*, 5:e upplagan, Sweet & Maxwell 2001
- Blanco, L.O. *EC Competition Procedure*, 2:a upplagan, Oxford University Press 2006
- Christou, R. *International Agency, Distribution and Leasing Agreements*, 5:e upplagan, Sweet & Maxwell 2008
- Craig, P. & DeBúrca, G. *EU Law, text, cases and materials*, 4:e upplagan, Oxford University Press 2008
- Gustafsson, L. & Westin, J. *Svensk konkurrensrätt*, 3:e upplagan, Norstedts Juridik AB 2010
- Goyder, D.G. *EC Competition Law*, 4:e upplagan, Oxford University Press 2003
- Goyder, J. *EU Distribution Law*, 4:e upplagan, Hart Publishing 2005
- Jones, A. & Sufrin, B. *EC Competition Law: text, cases and materials*, 4:e upplagan, Oxford University Press 2010
- Tiberg, H. & Dotevall, R. *Mellanmansrätt*, 9:e upplagan, Norstedts juridik 1997
- Van Bael, I. & Bellis, J-F. *Competition Law of the European Community*, 4:e upplagan, Kluwer Law International 2005
- Wetter, C., Karlsson, J. & Östman, M. *Konkurrensrätt – en kommentar*, 4:e upplagan, Thomson Reuters Professional AB 2009

9.2 Artiklar

- Buddecke, M. *Evolution of the commercial agent*, Cork Online Law Review, nr. 13 2007, s. 86-98
- Dieny, E. *The relationship between a principal and its agent in light of article 81(1) EC: How many criteria?*, E.C.L.R., nr. 1 2008, s. 5-10

Henty, P. *Agency agreements – What are the risks? The CFI’s judgement in DaimlerChrysler AG v Commission*, E.C.L.R., nr. 3 2006, s. 102-107

Louri, V. *’Undertaking’ as a jurisdictional element for the application of EC competition rules*, Legal issues of Economic Integration, 2002, s. 143-176

9.3 Offentligt tryck

Lagstiftning från EU

Rådets direktiv 653/86/EEG – om samordning av medlemsstaternas lagar rörande självständiga handelsagenter, EGT L 382/17, 31.12.1986

Rådets förordning (EG) 1/2003 – om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EGT L 1/1, 4.1.2003

Kommissionens förordning (EU) 330/2010 – om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden, EUT L 102/1, 23.4.2010

Kommissionens förordning (EU) 461/2010 – om tillämpningen av artikel 101.3 FEUF på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden inom motorfordonssektorn, EUT L 129/52, 28.5.2010

Meddelanden och upplysningar från EU

Kommissionens tillkännagivande – om exklusiva agentavtal med handelsagenter, EGT 139/2921, 24.12.1962

Kommissionens tillkännagivande – Riktlinjer om vertikala begränsningar, EGT C 291/1, 13.10.2000

Kommissionens tillkännagivande – Avtal av mindre betydelse som inte märkbart påverkar konkurrensen enligt artikel 81.1 i Fördraget (de minimis), EGT C 368/13, 22.12.2001

Kommissionens tillkännagivande – Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EGT C 101/81, 27.4.2004

Protokoll (nr. 3) – om stadgan för europeiska unionens domstol, EUT C 83/210, 30.3.2010

Kommissionens tillkännagivande – Riktlinjer om vertikala begränsningar, EUT C 130/1, 19.5.2010

Svenska förarbeten

Proposition 1990/91:63 *Om handelsagentur.*

Proposition 2007/08:135 *Ny konkurrenslag m.m.*

Proposition 2009/10:236 *Vertikala konkurrensbegränsande avtal.*

9.4 Rättsfall

Avgöranden från EU-domstolen

Mål 26/62 *Van Gend & Loos* [1963] E.C.R. 1

Mål 6/64 *Costa mot ENEL* [1964] E.C.R. 585

Mål 32/65 *Italiens regering mot Europeiska ekonomiska gemenskapens råd och kommission* [1966] E.C.R. 389

Förenade målen 40 till 48, 50, 54 till 56, 111, 113 och 114/73, *Coöperatieve Vereniging Suiker Unie UA m.fl. mot Europeiska gemenskapernas kommission* [1975] E.C.R. I-1663

Mål 311/85 *Vereniging van Vlaamse Reisbureaus mot Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten* [1987] E.C.R. 3801

Mål T-7/89 *Sa Hercules Chemicals NV mot kommissionen* [1991] E.C.R. II-1711

Mål C-41/90 *Höfner och Elsnor mot Macrotron GmbH* [1991] ECR I-1979

Mål T-9/92 *Automobiles Peugeot SA och Peugeot SA mot Europeiska gemenskapernas kommission* [1994] E.C.R. I-2727

Mål C-266/93 *Bundeskartellamt mot Volkswagen AG and VAG Leasing GmbH.* [1995] E.C.R. I-3477

Mål C-73/95 P, *Viho Europe BV mot Europeiska kommissionen* [1996] E.C.R. I-5457

Mål C-22/98 *Brottmål mot Jean Claude Bécu, Annie Verweire, Smeg NV och Adia Interim NV* [1999] E.C.R. I-5665

Mål T-66/99 *Minoan Lines SA mot Europeiska gemenskapernas kommission* [2003] E.C.R. II-5515

Mål T-325/01 *DaimlerChrysler AG mot Europeiska gemenskapernas kommission* [2005] E.C.R. II-3319

Mål C-217/05 *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio mot Compañía Española de Petróleos SA* [2006] E.C.R. I-11987

Mål C-279/06 *CEPSA Estaciones de Servicio SA mot LV Tobar e Hijos SL* [2008] E.C.R. I-6681

Beslut från Europeiska kommissionen

Kommissionens beslut 72/403/EEG av den 23 november 1972, *Pittsburgh Corning Europe*, EGT L 272/35

Kommissionens beslut 91/562/EEG av den 7 november 1991, *Eirpage*, EGT L 306/22

Kommissionens beslut 92/521/EEG av den 12 november 1992, *FIFA*, EGT L 326/31

Kommissionens beslut 2002/758/EG av den 10 oktober 2001, *Mercedes-Benz*, EGT L 257/1